



# UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

## TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Los pactos matrimoniales en previsión de ruptura

Autor/es

ÁNGELA CRESPO GONZALO

Director/es

M<sup>a</sup> RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2016-17



***Los pactos matrimoniales en previsión de ruptura***, de ÁNGELA CRESPO  
GONZALO

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**DERECHO**

# Los pactos matrimoniales en previsión de ruptura

---

**ÁNGELA CRESPO GONZALO**

TUTORA: PROF<sup>a</sup> DRA. RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO



**UNIVERSIDAD  
DE LA RIOJA**

**CURSO 2016-2017**

### *Resumen*

El progresivo reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad de los particulares para regular sus relaciones de familia ha dado lugar a una generalización de los pactos en previsión de ruptura, que tienen por objeto establecer las normas que van a regir los efectos patrimoniales y personales derivados de la misma. Ahora bien, la validez de este negocio jurídico de familia, de reciente aparición en nuestro Derecho, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, es, pese a su cada vez mayor aceptación, discutida por la doctrina y la jurisprudencia, dada la falta de una regulación codificada común. Este trabajo tiene por objeto determinar cuáles son los límites impuestos a la libertad contractual de las partes a la hora de establecer los acuerdos, a través de un análisis casuístico y jurisprudencial de los mismos, así como la forma exigida para su validez.

### *Abstract*

The progressive recognition individual's principle of autonomy to regulate their family relationships has given rise to premarital agreements, whose purpose is to establish the norms that will govern the patrimonial and personal effects derived from the nuptials. However, the validity of this legal family business, which has recently appeared in our law, unlike what happens in other legal systems, is, despite its increasing acceptance, discussed by the doctrine and jurisprudence, because there is no common coded regulation for them. The aim of the present work is to determinate which are the conditions and the form under which the premarital agreements are void.

## Índice

1. Introducción.....	4
2. Derecho comparado.....	7
2.1. Los Estados Unidos de América .....	7
2.1.1. Surgimiento y primera etapa .....	7
2.1.2. Los <i>premarital agreements</i> estadounidenses.....	7
2.1.3. Regulación actual .....	11
2.2. Inglaterra.....	12
3. Tratamiento en España .....	16
3.1. Consideraciones generales.....	16
3.2. Naturaleza, tipología y forma de los pactos .....	20
3.2.1. Cuestiones generales.....	20
3.2.2. Contenido y límites de los pactos .....	21
3.2.3. Tipología.....	24
3.2.4. Forma.....	41
CONCLUSIONES.....	44
BIBLIOGRAFÍA .....	46

## 1. Introducción

Los pactos matrimoniales en previsión de ruptura, también conocidos con el anglicismo *prenups*, pueden definirse como aquellas decisiones adoptadas, con carácter general, antes de la celebración del matrimonio por los futuros cónyuges, cuyo fin es la regulación tanto de las consecuencias patrimoniales como personales que se pueden derivar de la eventual y futura ruptura de la unión matrimonial.

Estos pactos no necesariamente deben adoptarse con carácter previo al matrimonio, sino que también es posible que las partes los celebren tras este, siempre y cuando no lo hagan después de que haya surgido la crisis matrimonial, dado que en tal caso perderían su carácter preventivo. Se trata de acuerdos *pro futuro*, cuya eficacia está sometida a la *condicio iuris* de la efectiva celebración del matrimonio programado.

De esta conceptualización puede deducirse su integración en el Derecho de familia, no obstante deben diferenciarse de los convenios reguladores, los convenios de separación de hecho o las capitulaciones matrimoniales, también entendidos como negocios jurídicos de familia. Estos últimos, no obstante, se celebran para dar cauce a la autonomía de la voluntad una vez ha surgido la crisis para normativizar las consecuencias de la ruptura matrimonial, en el caso de los dos primeros, o, sin haber aparecido esta, en el caso de las capitulaciones, para establecer cuál va a ser el régimen económico que estará vigente constante el matrimonio.

El Derecho de familia es, dentro del Derecho civil, uno de los sectores que cuenta con una mayor restricción del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, al ser fundamental para los Estados a la hora de desarrollar su concepto de familia como configuradora del orden social, lo que implica que esté conformado por normas mayormente imperativas que tienen por justificación la salvaguarda del orden público familiar. Todo ello lleva a preguntarse hasta qué punto pueden los futuros cónyuges adoptar decisiones sobre la regulación de las relaciones que surgirán una vez tenga lugar la celebración de la unión o en previsión de la ruptura que pueda producirse. Es necesario encontrar un punto de equilibrio entre ese orden público familiar (que todo Estado trata de proteger a través del intervencionismo y legislaciones no dispositivas) y el derecho de autonomía de los particulares.

El origen de los *prenups* es claramente anglosajón, siendo en el Derecho estadounidense y británico donde encontramos una regulación más detallada de los mismos. Ahora bien, aun cuando es cierto que, hasta épocas recientes, estos eran un negocio “extraño” a nuestro Derecho, las transformaciones de la sociedad española y las reformas legislativas por ellas exigidas han hecho que sean cada vez más empleados por la ciudadanía y permitidos por la jurisprudencia.

La doctrina contempla, entre otras, las siguientes razones que apoyan e incentivan su adopción<sup>1</sup>:

A) En el supuesto de uniones celebradas entre nacionales de Estados distintos, cada vez más habitual, el acuerdo prematrimonial es un buen instrumento para determinar cuál será la ley aplicable a los efectos del matrimonio contraído y con ello para reducir o incluso eliminar la inseguridad de una eventual ruptura internacional.

B) Por otro lado, con ellos, las partes pueden regular su relación teniendo en cuenta sus intereses, aspiraciones, etc. que pueden diferir de lo establecido por el legislador en las normas sobre los efectos de la separación y el divorcio.

C) Tienen especial relevancia en los casos de familias reconstituidas en las que los futuros contrayentes cuentan, bien con hijos no comunes o bien con un patrimonio de especial entidad. En estos, las partes ya tienen experiencia en materia de rupturas matrimoniales, convirtiéndose en un medio ideal para impedir que una nueva separación o divorcio suponga una repetición de aquellas situaciones ya experimentadas.

D) Por último, la doctrina estima que con ellos se reducen tanto los gastos financieros como emocionales derivados de la ruptura, que ya está regulada desde el inicio del matrimonio.

No falta quien pone de relieve las complejidades y problemas que estos pactos pueden ocasionar. Hay que tener en cuenta la situación de desigualdad, no solo económica, sino también psicológica de las partes que lo firman, que puede conllevar a la renuncia de los derechos económicos que cualquiera de ellas tendría en caso de disolución del matrimonio<sup>2</sup>. Es por ello que la mayor parte de los ordenamientos

---

<sup>1</sup> GARCÍA RUBIO, M.P., “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de Familia”, Nuevos retos de Derecho de familia, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa de Mar, Documenta universitaria. Universidad de Girona, 2004, p. 99 y 100.

<sup>2</sup> ANGUITA VILLANUEVA, L.A. “Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia”, Dykinson, Madrid, 2010, pags.15-16.; BERROCAL LANZAROT, A.I., “Pactos en previsión de ruptura

jurídicos que consideran admisibles estos pactos, como se verá más adelante, exigen el cumplimiento de una serie requisitos formales para entenderlos válidamente celebrados.

Por todo ello, es necesario analizar cuáles son dichos requisitos, así como los límites impuestos a la libertad contractual de los futuros esposos para regular los efectos de la eventual ruptura y el contenido posible de los pactos en el derecho comparado en primer lugar, al ser en este donde los acuerdos encuentran su origen, y en nuestro país, después, de manera más detallada a través de un examen de las leyes autonómicas que los contemplan y de lo que doctrina y jurisprudencia han ido determinando al respecto.

---

matrimonial”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, N°. 5, 2015, págs. 48-67.



## 2. Derecho comparado

### 2.1. Los Estados Unidos de América <sup>3</sup>

#### 2.1.1. Surgimiento y primera etapa

Dentro de los Estados donde rige el *Common Law*, podemos considerar Estados Unidos como el país en el que mayor predicamento han tenido los pactos matrimoniales, si bien es cierto que su aparición primera se produce en la Inglaterra de finales del siglo XVII. La razón fundamental de su surgimiento es la protección de las mujeres inglesas de familias adineradas que, una vez casadas, perdían poder de disposición sobre su propio patrimonio personal.

En este contexto la sociedad comenzó a auto-regularse para evitar dicho efecto perjudicial y con ello, compensar la desigualdad de trato que la ley, en función del género, daba en esta época, ahora bien, su inicial atipicidad hacía que los pactos fueran rechazados por los tribunales por entender que atentaban contra la institución matrimonial. Dada esta finalidad protectora de la mujer, se trataba de pactos que regulaban únicamente los efectos patrimoniales derivados de la finalización del matrimonio sólo para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, no por divorcio o separación.

#### 2.1.2. Los *premarital agreements* estadounidenses

Conviene recordar, que Estados Unidos consta de un sistema plurilegislativo, está conformado por 51 Estados diferentes, que cuentan con su propio Derecho de familia y con una manera particular de regular las relaciones matrimoniales y ello implica que los *prenups* pueden presentar diferencias en cada uno de ellos. Ahora bien, la realidad es que la mayor parte de las federaciones regulan de forma similar estos contratos *sui generis* fundamentalmente por la fuerza unificadora de su constitución - dotada de contenido y principios uniformes por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sucesivas decisiones-.

Además, es importante señalar la presión ejercida para lograr la unificación del Derecho de familia tanto por instituciones como la *American Law Institute*, como por

---

<sup>3</sup>ANGUITA VILLANUEVA, L.A., “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española.” (Trabajo que forma parte de las actividades del Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid, número 931083, dirigido por el profesor Joaquín Rams Albesa.) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3625940>

determinados Estados con mayor poder ya fuere económico, político, social, etc. que actúan como guía del resto (cabe mencionar entre otros Massachussets, Florida o Texas)<sup>4</sup>.

Para comprender la regulación de estos pactos hay que atender a los casos que han ido resolviendo los distintos tribunales federales y conformando su régimen jurídico. De entre ellos, cabe destacar el caso *Posner vs. Posner*<sup>5</sup> (1970), por ser el primer supuesto en que se admitió por un tribunal un pacto en previsión de ruptura. Este fue resuelto por el Tribunal Supremo de Florida e implicó un cambio de criterio por parte de los órganos jurisdiccionales norteamericanos, ya que reconoció la validez de los *prenups* elaborados en anticipación de un divorcio o separación, no de un fallecimiento, como ocurría hasta entonces.

El principal argumento aducido por la jurisprudencia hasta este momento para rechazar este tipo de acuerdos era que atentaban contra del orden público familiar y que incentivaban la ruptura del vínculo matrimonial. No obstante, teniendo en cuenta la realidad social vigente al dictarse la sentencia, en la que el divorcio era ya algo habitual, el Tribunal entendió que tanta validez y legitimidad tenían los pactos para el caso de fallecimiento como para el caso de divorcio.

La nueva corriente jurisprudencial iniciada a raíz de la mencionada resolución comenzó a reflejarse en el resto de Estados. Seis años más tarde, en 1976, el Tribunal Supremo de California resolvió el denominado caso *In re Marriage of Dawley*<sup>6</sup>. Lo más peculiar de este supuesto es que se determinó que el *prenup* no podía considerarse nulo porque las partes en el momento de la firma entendieran que el vínculo matrimonial no iba a ser perpetuo, es decir, no podía declararse la nulidad del mismo atendiendo a los criterios subjetivos en que las partes se basaron para su celebración. La validez del acuerdo solo podía verificarse conforme a criterios objetivos (v.gr. si existió o no consentimiento o si este estaba viciado).

Similar argumento, sino idéntico, fue el que empleó el Tribunal Supremo de Massachussets en 1981 para el caso *Osborne vs. Osborne*<sup>7</sup>. Lo realmente importante de este último es que el tribunal consideró que las partes podían regular a través de los

---

<sup>4</sup> ANTÓN JUÁREZ, I. “Acuerdos prematrimoniales, ley aplicable y Derecho comparado” *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2015), Vol. 7, Nº 1, pp. 5-45 ISSN 1989-4570 - [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt).

<sup>5</sup> 233 So. 2d 381 (Fla. 1970).

<sup>6</sup> 551 P.2d 323 (Cal. 1976).

<sup>7</sup> 428 N.E. 2d 810 (Mass. 1981).

pactos cuestiones relativas al reparto de los bienes adquiridos durante el matrimonio de manera distinta a como lo hacía la ley, siempre y cuando el mismo fuera equitativo tanto en la firma del acuerdo como en el momento en que debiera aplicarse. En caso de que las circunstancias vigentes en alguno de esos momentos fueran sustancialmente distintas, se admitiría la modificación por parte del órgano jurisdiccional de lo fijado por los litigantes (esto se conoció como la *Second Look Doctrine*).

Con menor detenimiento voy a referirme al asunto *Scherer vs. Scherer*<sup>8</sup> cuya sentencia, dictada por el Tribunal Supremo de Georgia en 1982, con base en las resoluciones anteriores, estableció una especie de test a superar por los acuerdos prematrimoniales para ser válidos. En resumen, los requisitos a cumplir por los mismos eran: 1) Contar con consentimiento libre y válido de las partes; 2) Ser equitativo; y 3) No devenir injusto por la modificación de las condiciones de los cónyuges en el momento en que debiera surtir efectos.

Para acabar el análisis jurisprudencial, y antes de empezar el relativo a los textos elaborados a raíz y simultáneamente al mismo, hay que referirse al caso *Simeone v. Simeone*<sup>9</sup>, resuelto en 1990 por el Tribunal Supremo de Pennsylvania y que supuso un antes y un después a favor de los acuerdos matrimoniales “libres” al definirlos como contratos civiles y mercantiles ordinarios a los que no resultan de aplicación los mecanismos proteccionistas propios del derecho de familia.

Para fundamentar su decisión, que conllevó a desgajar a los acuerdos prematrimoniales del estatus especial que les confería formar parte del Derecho de familia, señala ANGUITA VILLANUEVA<sup>10</sup>, el tribunal se apoyó en razones sociológicas, afirmando que los cónyuges no se encontraban en situación de desigualdad y dejando atrás la consideración de la mujer como la parte contractualmente más débil<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> 249 GA. 635, 292 S.E.2.D 662 (1982)

<sup>9</sup> 581 A.2d 162 (Pa,1990)

<sup>10</sup> ANGUITA VILLANUEVA loc.cit pág.23

<sup>11</sup> Con el fin de contextualizar la postura adoptada por el Tribunal es necesario hacer un somero resumen de los hechos que dieron lugar al pleito. Un neurocirujano de 39 años con unos ingresos de 90.000 \$ al año y unos activos valorados en 300.000 \$ contrajo matrimonio con una enfermera desempleada de 23. Los abogados del novio presentaron en la víspera de la boda a la novia un acuerdo prematrimonial en el que ella renunciaba a cualquier bien del marido a cambio de una pensión de 200 \$ semanales hasta un máximo de 25.000 \$. La novia ni obtuvo consejo legal independiente de lo que firmaba, ni los abogados de su futuro marido la asesoraron al respecto del contenido del pacto. Siete años después la pareja se divorció y durante la tramitación del mismo y antes de la resolución por el Tribunal Supremo de Pennsylvania la cantidad máxima ya había sido abonada por el señor Simeone: vid. ANTÓN JUÁREZ, loc.cit. pág. 11.

Estas resoluciones tuvieron una notable influencia, constituyendo un importante precedente a favor de la validez de estos acuerdos. Sin embargo, ese carácter plurilegislativo del sistema norteamericano daba lugar a mucha incertidumbre, la cual trato de paliarse con la elaboración de una norma en 1983 por la *Uniform Law Comission* que se denominó *Uniform Premarital Agreements Act* (en adelante, *UPAA*) que buscaba la unificación del régimen jurídico de los acuerdos, configurándose como un instrumento jurídico de mínimos para unir las legislaciones. No obstante, esta sólo ha sido adoptada por 27 Estados y, en muchos casos, con modificaciones. Además el propio texto, muy breve, señala su alcance limitado al referirse solo a los acuerdos celebrados antes del matrimonio, sin incluir los posteriores, los de separación o los celebrados entre personas que conviven en situación análoga al mismo (v.gr. parejas de hecho)

Las deficiencias que planteaba hicieron que en 2012 se elaborara el *Uniform Premarital and Marital Agreements Act*<sup>12</sup>, cuyo objetivo era ampliar el ámbito de aplicación del anterior. Así, este resulta aplicable a acuerdos tanto pre como postmatrimoniales, pero mantiene la exclusión de los convenios celebrados entre parejas de hecho y los convenios de separación.

El régimen establecido en este último presenta notables diferencias con el contenido en el *UPAA*, particularmente, siguiendo a ANTÓN JUÁREZ<sup>13</sup>:

Por un lado, rebaja las exigencias formales contempladas en el texto de 1983, al permitir la validez del pacto no solo documentado de forma escrita, sino en cualquier soporte tangible o, en su caso, almacenable.

Incorpora la *Second Look doctrine* que, como ya se ha explicado a propósito del caso *Osborne vs. Osborne*, controla que el pacto no sea desproporcionado, ni en el momento de su constitución, ni en el de hacerse valer.

Por último, en cuanto a su contenido, se acota la libertad de los cónyuges, que pudiendo incorporar en los *prenups* decisiones relativas a aspectos personales y patrimoniales, cuentan con el límite del orden público y el no perjuicio de los hijos<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Premarital%20and%20Marital%20Agreements%20Act>

<sup>13</sup> ANTÓN JUÁREZ loc. cit. pag.14

<sup>14</sup> Así, mientras el artículo o *section 3* del *UPPA de 1983* recogía una serie de criterios de carácter orientativo, el artículo 10 del *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* contempla las cuestiones que de incluirse en los pactos no vincularan a los tribunales por diversas razones.

Entre ambas normas, encontramos un texto publicado en el año 2002 por el ya mencionado *American Law Institute* que, bajo la denominación *Principles of the Law of Family dissolution* (en adelante, *PDF*), tiene por objeto regular no solo los acuerdos matrimoniales celebrados antes y después de las nupcias, sino también los de separación y divorcio y los establecidos entre convivientes.

Este texto marca una diferencia sustancial con lo fijado en la Sentencia del caso *Simeone vs. Simeone*, ya que, partiendo del hecho de que los acuerdos son contratos mediante los que las partes pueden fijar derechos y deberes entre ellos de manera libre (esto es, apartándose de lo fijado por el legislador), los considera como contratos especiales, y no como cualquier otro contrato civil o mercantil. Así, el *PDF* entiende que requieren un consentimiento libre e informado de las partes (lo que implica el establecimiento de límites a la libertad del pacto) y que no serán vinculantes si presentan lo que en ella se denomina “injusticia sustancial” para alguna de ellas en el momento en que deba desplegar sus efectos.

### 2.1.3. Regulación actual

En base a los textos explicados es posible fijar sintéticamente los aspectos fundamentales del régimen que hoy en día se aplica en EEUU a los pactos en previsión de ruptura.

Son negocios de larga tradición perfectamente válidos, que han ido viendo ampliado su ámbito de aplicación al tiempo que se modificaba la autonomía de la voluntad de los futuros cónyuges.

Encontramos una dualidad de posiciones entre los que opinan que los pactos prematrimoniales son contratos especiales, distintos al resto de contratos civiles o mercantiles y requieren una regulación especial (posición más garantista para las partes y que se recoge en el *PDF*) y quienes consideran que son iguales a cualquier otro tipo de negocio jurídico (posición recogida en el *Uniform Premarital Agreement* de 1983). En la actualidad el régimen aplicado por los órganos jurisdiccionales se encuentra a caballo entre ambas posturas y sus elementos principales según señala ANTÓN JUÁREZ<sup>15</sup> son:

---

<sup>15</sup> ANTÓN JUÁREZ loc. cit. págs.17-18.; Al respecto también, ANGUITA VILLANUEVA loc. cit. págs.29-30.

1. Formalidad: se trata de un contrato que exige para ser eficaz y válido constar en documento por escrito. Destaca el hecho de que sólo el *PDF* haga mención a un plazo de antelación mínimo de 30 días para su adopción antes de la celebración del matrimonio, requisito no obstante modulado por la jurisprudencia en función del caso.
2. Prestación de consentimiento: el consentimiento de las partes debe ser libre e informado. Con el término informado quiere hacerse referencia a la necesidad de que cada uno de los futuros contrayentes sea consciente de las implicaciones de lo que se va a firmar para lo que precisaran de un asesor legal independiente y de información acerca del patrimonio del otro.
3. Contenido limitado: Aun cuando la autonomía de la voluntad es amplia, los textos analizados permiten afirmar ya no sólo que el orden público actúa como límite que determina sobre qué materia se puede o no pactar, sino que además no se admiten aquellas previsiones que puedan resultar perjudiciales para los hijos (destacando el hecho de que en lo que se refiera a la custodia de estos el juez no queda vinculado). Cabría citar también como materias limitadas o constreñidas las relativas a la renuncia de la pensión alimenticia o a los motivos de disolución matrimonial.
4. La situación de “injusticia sustancial” del *Test Scherer*: con carácter general, un cambio considerable de las circunstancias presentes en el momento de firma del acuerdo y las existentes en el momento de su aplicación lo hace ineficaz.

## 2.2. Inglaterra

En primer lugar, antes de proceder al análisis de los pactos matrimoniales ingleses, cabe destacar dos peculiaridades del Derecho británico:

La primera es que tradicionalmente se han venido distinguiendo con carácter general tres tipos de acuerdos matrimoniales: los otorgados con carácter previo a la crisis y al matrimonio (prematrimoniales) o con posterioridad a este (postmatrimoniales) y aquellos que se adoptan con ocasión de la ruptura matrimonial (acuerdos de separación)<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> GASPAR LERA, S. “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés: validez, eficacia y discrecionalidad judicial”, *InDret: revista para el análisis del derecho*, Nº 3, 2012. págs. 6-7.

La segunda radica en el hecho de que su ordenamiento jurídico no contempla los regímenes económicos matrimoniales propios de los sistemas continentales, lo que implica que los cónyuges no unifican su patrimonio como consecuencia de las nupcias (sin perjuicio de que existan deberes económicos que conllevan a que determinados bienes familiares respondan de las deudas consideradas de tal carácter) y así, son los tribunales los que en el momento de la ruptura acuerdan el reparto del patrimonio<sup>17</sup>.

No sin dificultades, sobre todo para los pactos postmatrimoniales, se ha conseguido establecer una regulación relativamente estable para estos y para los acuerdos de separación. Tres son los textos ejemplo de ello, de acuerdo con GASPAR LERA<sup>18</sup>: por orden de aparición cabe destacar el *Maintenance Agreement Act* aprobado en 1957 que contempló la posibilidad de que los cónyuges, con ocasión de su separación o divorcio, determinaran convencionalmente los efectos económicos de su ruptura (regulando y legalizando, por tanto, los acuerdos de separación) y la *Divorce Reform Act* de 1969, que extendió la regulación de los acuerdos de separación a los acuerdos post-matrimoniales y que vino acompañada de la *Matrimonial Proceedings and Property Act* de 1970, la cual amplió la autonomía de la voluntad de las partes para fijar los efectos patrimoniales de la ruptura, incluso con carácter previo a la crisis.

Estos textos se unificaron en la vigente *Matrimonial Causes Act* de 1973 en virtud de la cual los contrayentes pueden fijar de manera anticipada las consecuencias económicas de una ruptura, a través de un acuerdo que será vinculante para los tribunales, a no ser que resulte contrario a los intereses de los hijos o que en el momento de su aplicación devenga injusto para alguna de las partes por un cambio de las circunstancias iniciales (límites muy similares a los previstos en el Derecho americano).

No obstante lo anterior, los pactos celebrados con carácter previo al matrimonio carecen de una regulación específica en el Derecho inglés. Las reticencias iniciales en cuanto a su admisión se fundamentan, al igual que ocurría en Estados Unidos, en el hecho de que se entendía que un acuerdo a través del cual los cónyuges fijaban anticipadamente los efectos de una ruptura matrimonial, propiciaba el incumplimiento de la obligación de convivencia, lo cual resultaba inmoral y contrario al orden público, y conllevaba la nulidad del pacto.

---

<sup>17</sup> ANTÓN JUÁREZ, I., loc. cit., págs. 20-21.

<sup>18</sup> GASPAR LERA, S. loc cit. págs. 9 y 10.

Para entender la regulación actual de los mismos, tal y como señala la doctrina<sup>19</sup>, ha de hacerse mención a la sentencia *Radmacher vs. Granatino*<sup>20</sup> dictada por la *Supreme Court* de Reino Unido el 20 de Enero del año 2010, la cual sentó las bases para la general admisibilidad de este tipo de negocios, muy discutida por la jurisprudencia que ya en los años anteriores había comenzado a tomar en cuenta los acuerdos previos a las nupcias para dictar resoluciones, pero sin declararlos en ningún momento como vinculantes para los cónyuges salvo en casos específicos. En la sentencia citada el tribunal concluye que, en principio, los acuerdos matrimoniales, previos y posteriores a las nupcias, son vinculantes para las partes que prestan libremente su consentimiento y conocen sus consecuencias.

Ello implica un análisis casuístico de cada uno de los pactos, que, en atención a su contenido y forma de celebración, será el que finalmente determine si son o no vinculantes. El análisis se lleva a cabo a través de un test de equidad, dividido en dos fases, idéntico al que realizan los tribunales norteamericanos para evaluar la validez de los *prenups*.

Muy esquemáticamente la primera fase consiste en analizar si ha habido información suficiente en el momento de la celebración sobre las consecuencias patrimoniales del pacto, si ha mediado algún tipo de vicio en el consentimiento de las partes, así como la madurez de la relación y de las propias partes, para saber si han existido presiones para que alguna de ellas firme el acuerdo.

En cuanto a la segunda, el Tribunal se centra en valorar el contenido del acuerdo y los resultados que de él se puedan derivar. El acuerdo debe ser justo para las partes, lo cual ocurrirá: cuando hayan contado con suficientes datos que les permitan ser sabedoras de los efectos del mismo, si el consentimiento se ha prestado libremente, si no incorpora previsiones perjudiciales para los descendientes y si no ha habido una modificación de las condiciones presentes en el momento de la celebración que implique dejar a una de ellas en una situación extremadamente gravosa. Por lo anterior, puede decirse que esta segunda fase del análisis se corresponde con la *Second Look Doctrine* estadounidense.

---

<sup>19</sup> ANTÓN JUÁREZ, I. loc cit. pág. 21 y 25 y ss. ; GASPAR LERA, S. loc cit. págs.4-8 y 11.

<sup>20</sup> ([2010] UKSC 42, [2011] 1 FLR 1851 ) [https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC\\_2009\\_0031\\_Judgment.pdf](https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0031_Judgment.pdf)



Si bien esta Sentencia ha supuesto un gran avance en aras a la regulación de estos pactos en Reino Unido, no conlleva en absoluto el otorgarles la consideración de contrato. La inseguridad jurídica que ello genera trató de paliarse por la *Law Commission* en su informe *Matrimonial Property, Needs and agreements* <sup>21</sup> publicado en 2014, en donde se establecen una serie de propuestas, sin valor normativo alguno, para modificar la legislación actual en esta materia.

Si comparamos la regulación inglesa con la americana anteriormente explicada, podemos encontrar diferencias sustanciales sobre todo en lo referido al contenido de los *prenups*, mucho más limitado en el Derecho inglés que solo admite la validez de los pactos que versen sobre cuestiones económicas, y en lo relativo a la intervención y el control jurisdiccional, más amplia en el caso de los órganos ingleses que en el de los norteamericanos.

---

<sup>21</sup> A consultar en el siguiente enlace:

[http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/lc343\\_matrimonial\\_property.pdf](http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/lc343_matrimonial_property.pdf)

### 3. Tratamiento en España

#### 3.1. Consideraciones generales

Es indudable que el Derecho de familia ha experimentado en las últimas décadas, y especialmente en los últimos años, importantes modificaciones tendentes a ampliar el ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad de las partes. No son pocas las normas que han entrado en vigor recientemente y que implican cambios de profundo calado en esta rama del Derecho civil: mas allá de las últimas modificaciones del Código civil, que le han afectado en gran medida y a las que haré referencia más adelante, un ejemplo es la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, la cual permite a Letrados de la Administración de Justicia o a Notarios decretar separaciones y divorcios de común acuerdo, siempre que no existan hijos menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente<sup>22</sup>.

Para PAZ-ARES se ha producido un fenómeno que ha denominado “privatización del matrimonio” que pasa de ser una institución a ser un contrato y permite a los cónyuges adaptar la legislación establecida a sus necesidades, determinando el marco normativo de sus relaciones jurídico matrimoniales, fundamentalmente en el orden económico<sup>23</sup>. Podría decirse que de un derecho de carácter principalmente imperativo hemos pasado a un derecho que, cada vez en mayor medida, se pone a disposición de los particulares<sup>24</sup>.

Como se ha indicado, el Código Civil de 1889, a fin de dar cumplimiento a lo que la sociedad española venía exigiendo en esta materia, ha sido objeto de revisiones y

---

<sup>22</sup> “Evidentemente, de los diversos sectores del Derecho Civil, es el Derecho de Familia el que se ha visto sometido en tiempos contemporáneos a reformas más profundas. Cualquier observador, aunque sea lego en Derecho, tiene conocimiento de la gran cantidad de innovaciones legislativas de que el Derecho de Familia ha sido objeto en los últimos años y del sentido básico de tales reformas”, vid: LASARTE, C.; *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Madrid, Marcial Pons, 2010, 9ª ed. pág.6; también GARCÍA PRESAS, I. “El derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”. *Actas del I Congreso Ibero-asiático de Hispanistas Siglo de Oro e Hispanismo general*, ed. Vibha Maurya y Mariela Insúa, Pamplona, Publicaciones digitales del GRISO/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2011, págs.244 y ss.; GASPAR LERA, S., loc.cit. pág.1043 (2011); MEDINA ALCOZ, M. “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del Derecho civil común” en *Cuestiones actuales del Derecho de Familia*, La Ley, Madrid, 2013; ROCA TRÍAS, E. *Libertad y Familia*, Tirant lo Blanch, Valladolid, 2014, pág.69.

<sup>23</sup> PAZ-ARÉS RODRÍGUEZ I., «Previsiones capitulares», *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y provisiones capitulares*. Homenaje a Luís Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Dykinson, Madrid, 2008, p. 100.

<sup>24</sup> Sobre la naturaleza del matrimonio como contrato o institución: RAMS ALBESA, J.J. *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 87 a 89. Además, que el matrimonio es un contrato, lo ha dicho la doctrina, así DIEZ - PICAZO lo sostuvo en 1962 (“El negocio jurídico del Derecho de Familia” *RGLJ*, T. XLIV, págs. 772 - 773)

reformas. De entre ellas cabe destacar las más recientes, por ser las de mayor impacto en lo que aquí respecta. Así la Ley 14/1975 de 2 de Mayo eliminó las limitaciones a la capacidad de obrar de las mujeres casadas; la Ley 11/1981 de 13 de Mayo consagró el principio de libertad de los cónyuges para celebrar toda clase de actos y negocios jurídicos y la Ley 30/1981, de 7 de julio, introdujo el divorcio y ,con ello, el convenio regulador.

Mención especial debe hacerse a la Ley 15/2005 de 8 de Julio, por su mayor importancia, y es que ha ampliado el ámbito de autonomía de las partes para finalizar su situación de convivencia al permitirles solicitar la disolución del matrimonio sin alegar causa alguna y con el único requisito de que este tenga una duración mínima de tres meses. Desaparece el régimen causalista del divorcio y se establece uno consensual.

Por tanto, inicialmente, la referida autonomía de la voluntad en el Derecho de familia se ha ejercitado por medio de las capitulaciones matrimoniales (art.1325 del Código Civil), los convenios reguladores homologados por el juez anexos a la correspondiente resolución de divorcio o separación (art.90 del Código Civil) y los pactos de separación de hecho, a los que la jurisprudencia, ya consolidada desde la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de de 22 de abril de 1997<sup>25</sup>, atribuye la eficacia vinculante de los contratos.

No obstante, como se ha señalado al principio de este apartado, junto con estos instrumentos hay que hablar del de más reciente aparición y que constituye el objeto del presente trabajo: los acuerdos o pactos en previsión de ruptura.

Los acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura no cuentan con tradición en el derecho español, pero han ido introduciéndose en el ordenamiento jurídico por vía convencional. Por tanto, no contamos con un régimen jurídico común, específico y expreso de los mismos (salvo lo establecido en leyes de determinadas Comunidades Autónomas) lo cual ha motivado que sea la doctrina la que, además de confirmar su validez y eficacia, destaque la oportunidad que supone para los cónyuges el poder establecer de forma anticipada los efectos de la ruptura.

---

<sup>25</sup> En la STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251), admite la validez de estos acuerdos no aprobados judicialmente siempre y cuando tengan los elementos propios de los contratos del art.1261 del Código Civil (causa, consentimiento y objeto) y cumplan las formalidades especiales exigidas por la ley *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición. Véase también la STS de 17 de octubre de 2007 (RJ 2007/7307).

La falta de una regulación codificada no implica que los cónyuges no puedan hacer uso de la autonomía de voluntad que les reconoce el art.1255 Cc, de manera que, tal y como afirma MEDINA ALCOZ<sup>26</sup> al “amparo del principio que proclama la plena libertad de contratación entre ellos (art.1323 Cc, referido a los cónyuges) y de su completo arbitrio para adoptar cuales quiera disposiciones por razón de matrimonio (art.1325 Cc) pueden celebrar entre sí toda clase de negocios jurídicos con virtualidad obligatoria (art. 1091 Cc)” entre los que se encuentran los pactos prematrimoniales.

El auge de los acuerdos en previsión de ruptura se debe entre otros aspectos, a una serie de cambios en la sociedad española que dieron lugar a un nuevo modelo de familia y que se concretan fundamentalmente en lo siguiente:

En primer lugar, el incremento del PIB per cápita español iniciado en el año 2000 y que se mantuvo hasta el inicio de la crisis económica del 2008<sup>27</sup>, así como de la renta per cápita que, en el mismo período, pasó de 19.640 euros a 31.390 euros<sup>28</sup>.

En segundo lugar, el aumento de la población a consecuencia de la llegada de inmigrantes con culturas y tradiciones distintas a las imperantes<sup>29</sup>.

Y, en tercer lugar, el movimiento feminista que conllevó a la “liberación” de las mujeres<sup>30</sup>, que, ya con la Constitución de 1978, se independizan económicamente y dejan de requerir la supervisión o autorización de su marido y, en su defecto, de su progenitor, para llevar a cabo determinadas actuaciones de disposición y administración.

Por otro lado, las normas autonómicas, a las que he hecho referencia, que contemplan los pactos en previsión de ruptura, a diferencia del Derecho común español, son las siguientes:

1. El Código del Derecho Foral de Aragón (TR. de las leyes civiles aragonesas, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2001, de 22 de marzo) que admite tácitamente la posibilidad de acuerdos prematrimoniales con el límite establecido por el principio

---

<sup>26</sup> MEDINA ALCOZ, M. ob y loc. cit. pag. 290 (2013)

<sup>27</sup> Así se observa en los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística (INE), en el año 2000 el PIB per cápita se situaba en 14.781 € y en el año 2008 alcanzó el pico máximo situándose en los 36.139 € Fuente: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t42/p05&file=pcaxis&L=0>

<sup>28</sup> Datos de INE obtenidos a través del siguiente enlace <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t42/p11/10/&file=11002.px&type=pcaxis>

<sup>29</sup> Que aumentó en unos seis millones de personas entre 1999 y 2012. Fuente INE: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10256>

<sup>30</sup>E. ROCA I TRIAS ob. cit. (2014) pág. 50

*standum est chartae* (arts.195<sup>31</sup> y 197.2 y 3<sup>32</sup>), que consagra libertad de la voluntad privada; esto es, la posibilidad que ostenta el sujeto de autorregular sus relaciones jurídicas de carácter civil.

2. El Código de Familia de Cataluña, aprobado por la Ley 9/1998 de 15 de Julio fue la primera disposición que, en España, admitió la celebración de acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en su art.15.1<sup>33</sup>, limitándose únicamente a su mención, sin mayores especificaciones. Es posteriormente, con la Ley 25/2010, de 29 de Julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña cuando se les dota de una regulación detallada, prácticamente idéntica a la del derecho estadounidense, en su art.231 - 20<sup>34</sup>.

3. La Ley 80.7 del Fuero Nuevo de Navarra (aprobado por la Ley 1/1973, de 1 de Marzo)<sup>35</sup>, los reconoce, al admitir como contenido de las capitulaciones “cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio”. Este último inciso, a mi parecer, y a falta de pronunciamientos judiciales al respecto, da cabida a los pactos en previsión de ruptura prematrimonial, ya que no hace sino reproducir el art.1325 del Código Civil *in fine* y, si, como se verá, es en base a este último precepto de derecho común como algunos autores (como MEDINA ALCOZ<sup>36</sup> o ANGUITA VILLANUEVA<sup>37</sup>) admiten y

---

<sup>31</sup> Art.195 “Los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, sin más límites que los del principio *standum est chartae*.”

<sup>32</sup> Art.197.2 y 3 “2.Si se otorgan antes del matrimonio, no producirán efectos hasta la celebración de éste, salvo que prevean un momento posterior para su eficacia. 3. En cualquier caso, los otorgantes pueden someter la eficacia de las estipulaciones a condición o término, incluso darles efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

<sup>33</sup> Art.15.1 “En los capítulos matrimoniales, puede determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial.”

<sup>34</sup> Art.231 -20 “1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenupciales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio, y caducan de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-19.2. 2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4. 3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia. 4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto. 5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron.”

<sup>35</sup> Ley 80.7 “Las capitulaciones matrimoniales podrán establecer libremente cualquier régimen de bienes de la familia y ordenar: (...) 7. Cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio.”

<sup>36</sup> MEDINA ALCOZ, M. ob y loc. cit. pag. 290 (2013)

<sup>37</sup> ANGUITA VILLANUEVA ob. cit. pág.315 (2010)

justifican la validez y existencia de los pactos a nivel estatal, por analogía considero que de igual forma debería interpretarse en este caso<sup>38</sup>.

4. La Ley 10/2007, de 20 de Marzo, de Régimen económico matrimonial valenciano, regulaba extensamente la facultad de incluir a la escritura capitular pactos patrimoniales o personales relativos a los cónyuges y a los “nacidos o por nacer” para que surtan “efectos durante el matrimonio e incluso después de la disolución del mismo” (art. 25<sup>39</sup>). Si bien cabe destacar que esta disposición fue declarada inconstitucional por la STC 82/2016, de 28 de abril de 2016.

5. Por último, aun cuando Galicia, las Islas Baleares y el País Vasco, cuentan con una regulación propia de las capitulaciones matrimoniales, en ellas no se contemplan, siquiera tácitamente, los acuerdos premaritales.

### 3.2. Naturaleza, tipología y forma de los pactos

#### 3.2.1. Cuestiones generales

Tal y como señala ANGUITA VILLANUEVA<sup>40</sup> “los acuerdos prematrimoniales han revestido en España la forma de capitulaciones matrimoniales instrumento histórico que ha permitido a los cónyuges antes del matrimonio, y desde 1981, durante, ‘estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones del mismo’ (art.1325 Cc)”.

Es en ese último inciso donde, como se ha dicho, puede encontrarse cabida a los pactos matrimoniales en nuestro derecho ya que el término “mismo”, se entiende, hace referencia al matrimonio, no al régimen económico matrimonial. De hecho, en la práctica, como norma general, los particulares emplean las capitulaciones para albergar estipulaciones relativas a la relación matrimonial, tanto de carácter patrimonial como personal, que serán válidas siempre que no estén prohibidas por una norma imperativa.

---

<sup>38</sup> Sobre la amplitud de la autonomía de la voluntad y de los pactos que tienen cabida en el Derecho de familia navarro por medio de la citada Ley 80.7 del Fuero Nuevo de Navarra se pronuncia SALINAS QUIJADA, F en “La autonomía de la voluntad en el art.90 del Código Civil de NAVARRA: sus concordancias y diferencias”, *Ius canonicum*, vol.22, num.44, 1982, págs.797-820.

<sup>39</sup> Art.25 “En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio.”

<sup>40</sup> RAMS ALBESA, J.J ob. y loc cit. pág. 308 (2010)

Una vez asentada la premisa de que los pactos prematrimoniales son válidos y generalmente aceptados, es necesario aquí dilucidar, a través de lo que la doctrina y jurisprudencia han ido estableciendo para confirmar dicha validez, primero: cuál es el contenido que pueden albergar y cuál no (analizando por tanto los límites que se imponen a la voluntad de las partes), segundo: si pueden contenerse en otros instrumentos además de en las capitulaciones; y tercero: la forma exigida para su validez.

### 3.2.2. Contenido y límites de los pactos

En cuanto al contenido de los acuerdos matrimoniales, puede ser tan amplio como las partes estimen conveniente, siendo válidos los pactos que respeten los límites del art. 1255 Cc. Por tanto, es posible que los cónyuges celebren pactos matrimoniales en previsión de ruptura, siempre y cuando no se traspasen los límites del mencionado precepto.

La problemática en este punto reside en identificar el alcance de las normas imperativas que restringen la autonomía de la voluntad, ya que ,tal y como afirma ANGUITA VILLANUEVA, “todo lo que no esté prohibido estará permitido”<sup>41</sup>.

No son pocos los autores que se han pronunciado acerca de los límites que el art. 1255 Cc impone a la autonomía de la voluntad, llegando a conclusiones muy dispares. Por un lado ROCA TRIAS<sup>42</sup> recoge la clásica dicotomía entre las relaciones de familia verticales (entre padres e hijos), que deben regularse imperativamente al estar “estructuradas y configuradas exclusivamente en interés de los menores” y las horizontales (entre los cónyuges) donde se concede a la autonomía de la voluntad mayor margen, pero sin tener carácter absoluto.

Por otro lado CARRASCO<sup>43</sup> fija tres clases de límites dimanantes del mismo a la autonomía de la voluntad en materia matrimonial: “(i) que los acuerdos no se proyecten directa o indirectamente en daños a los hijos, que no son parte del acuerdo; (ii) que las estipulaciones no contengan asignaciones discriminatorias de derechos entre los cónyuges; (iii) que la situación que resulte del acuerdo no sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges”.

---

<sup>41</sup> ANGUITA VILLANUEVA ob.cit. pág.315 (2010)

<sup>42</sup> ROCA TRIAS ob. cit. pags.211-214 (2012)

<sup>43</sup> CARRASCO, *Derecho de familia. Casos. Reglas. Argumentos*, editorial Dilex, 2006. Pág.52

De manera mucho más amplia, reconocen la libertad contractual de las partes autores como ZARRALUQUI SÁNCHEZ<sup>44</sup>, que considera válidos aquellos pactos matrimoniales relativos a la custodia de los hijos y régimen de comunicaciones, o los relativos a la vivienda familiar cuando no existan hijos, entre otros. Al contrario que aquellos en los que, por ejemplo, se renuncie a la facultad de divorciarse o se impida a cualquiera de los cónyuges tras la ruptura contraer nuevas nupcias, casarse con personas del mismo sexo o imponer un lugar de residencia determinado, por ser todos ellos contrarios a los derechos fundamentales.

En definitiva, aun cuando todos ellos tienen clara la existencia de límites a la autonomía de la voluntad, no contamos con un criterio claro, uniforme, de diferenciación que nos permita determinar cuáles son los pactos que los sobrepasan.

¿Cuál es entonces el límite o límites normativos a la voluntad de los futuros contrayentes?

En primer lugar, como en cualquier contrato, la fuerza vinculante de los acuerdos prematrimoniales dependerá de que el consentimiento de las partes sea libre, no esté viciado por error, violencia, intimidación o dolo (arts. 1265 a 1270 Cc) y no se haya obtenido por tener una de ellas una posición de dominación sobre la otra (el art. 7 del Código civil prohíbe el abuso de derecho). Además, su objeto y causa deberá reunir las exigencias marcadas por los arts. 1271 a 1277 Cc. Cumplidos estos requisitos, los acuerdos resultarán obligatorios, con independencia de la forma en que se hubieran adoptado, a salvo de aquellos casos en que la ley exija escritura pública (ex. art. 1327 Cc).

Una vez aclarado este aspecto, para comprender los límites impuestos al poder de autorregulación de las partes, hay que recordar que el Derecho de familia y las instituciones que lo rodean están, siguiendo a ANGUITA VILLANUEVA, “impregnados de una protección constitucional que no presenta parangón en el resto de figuras relativas a los contratos”<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA L., “Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal”, *Economist & Jurist*, Año XVI, marzo 2008, págs.22 y 27-30.

<sup>45</sup> ANGUITA VILLANUEVA ob cit. pág.317 (2010)



Hay que tener en cuenta que el Estado no sólo busca proteger a los hijos menores que puedan existir por razón del matrimonio, sino también a la familia al ser una institución básica y configuradora del orden social.

El matrimonio cuenta con una doble dimensión, pública y privada<sup>46</sup>. La primera de ellas se canaliza por medio de normas configuradoras de los principios del orden público familiar, que resulta indisponible y que condiciona inevitablemente a la segunda, que se rige por el principio de la autonomía de la voluntad.

Los límites que a esta se le imponen emanan de los principios constitucionales de igualdad de los cónyuges y de protección integral de los hijos, recogidos en los arts. 32.1 y 39 CE, respectivamente; así como de los derechos y libertades fundamentales reconocidos tanto en la Norma suprema como en los Tratados Internacionales suscritos por España. Junto con estos hay que tener en cuenta los límites legales, tanto los generales, ya mencionados, (derivados del art. 1255 Cc -la ley, moral y orden público-) como los específicos.

Dentro de los últimos, encontramos un variado elenco entre los que pueden destacarse los derivados del estatus matrimonial (normas imperativas que establecen la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges y que los regulan -arts. 66 a 71 Cc-, las relativas al régimen matrimonial primario -arts. 1315 a 1324 Cc-, aquellas que regulan la constitución del matrimonio o el sistema de separación y divorcio -arts. 44, 81 y 86 Cc- o las causas de nulidad - art. 73 Cc-) y los dimanantes de normas imperativas aplicables a materias objeto del acuerdo excluidas de la libre disponibilidad de los cónyuges (v.gr. la imposibilidad de renunciar o delegar en un tercero la patria potestad o custodia de los hijos -arts. 169 y 159 Cc- o la irrenunciabilidad e intransmisibilidad del deber o derecho de alimentos -art. 151 Cc-).

Las primeras limitaciones mencionadas son manifestación de lo que ROCA TRIAS ha denominado “constitucionalización del Derecho de Familia”<sup>47</sup>, que reconoce e implementa los derechos fundamentales en este ámbito. Parafraseando a la autora, el Derecho de familia es aquel conjunto normativo, mayormente imperativo, que traslada a

---

<sup>46</sup> MEDINA ALCOZ ob. y loc. cit. págs. 296 y ss. (2013)

<sup>47</sup> ROCA TRÍAS *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis*, en *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol* (coords. ACRIL CAMPOY, J.M Y AMAT LLARI, M.E), T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006 pag.2110

la legislación ordinaria los principios constitucionales que afectan a los individuos que la integran.

### 3.2.3. Tipología

A fin de analizar pormenorizadamente el contenido que tiene cabida en los pactos prematrimoniales, es conveniente realizar una sistematización de los mismos. Destaca la clasificación efectuada por GASPAR LERA<sup>48</sup> que distingue entre: a) Aquellos que se refieren a los derechos y deberes conyugales; b) Los pactos relativos al hecho mismo de la ruptura, en concreto; y c) Aquellos que versan sobre la fijación preventiva de las medidas a adoptar en caso de separación o divorcio.

No ha de perderse de vista, no obstante, el hecho de que, al igual que no existe un único criterio que delimite los límites a la autonomía de la voluntad de los contrayentes, esta no es la única distinción posible, así MEDINA ALCOZ diferencia entre los que afectan a los cónyuges directamente y los que inciden sobre los hijos menores o sometidos a la patria potestad<sup>49</sup>.

#### 3.2.3.1. *Acuerdos relativos a los contrayentes de naturaleza personal*

Dentro de los pactos referidos a los cónyuges, son estos los que plantean más problemas al incidir en cuestiones de orden público familiar o relativas a los derechos fundamentales de la persona.

#### **A) Acuerdos relativos a la determinación de la ley aplicable al eventual proceso de separación o divorcio con elemento extranjero**

El art. 107 Cc determina que en caso de divorcio o separación se aplicará la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda y, en defecto de la misma: la de residencia habitual común de los mismos en ese momento o la de la última residencia habitual común siempre que uno de los cónyuges resida con habitualidad en dicho Estado.

Se trata de un precepto que no concede un ápice de discrecionalidad a los cónyuges en aras a elegir cuál será la ley que se aplique a su proceso de separación o divorcio, si bien es cierto que, pese a no estar formalmente derogada, ha quedado desplazada tras la aprobarse el Reglamento UE 1259/2010 por el que se establece una

---

<sup>48</sup> GASPAR LERA, S. loc.cit. págs. 1047-1048 (2011)

<sup>49</sup> MEDINA ALCOZ, ob y loc. cit. págs.300 y ss.

cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

Dicha disposición prima la autonomía de la voluntad de los futuros contrayentes, así les permite elegir la ley aplicable, siempre que la elección recaiga sobre: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro (art. 5.1). Por tanto, ya no se establece un orden prioritario y obligatorio.

## **B) Acuerdos relativos a los derechos y deberes matrimoniales de los cónyuges**

Hay muchos tipos de acuerdos que afectan a lo que se denomina estatuto matrimonial. Cabe destacar que todos aquellos que configuren un matrimonio distinto del legalmente previsto son nulos de pleno derecho.

Por un lado, encontramos pactos celebrados para la determinación, modificación o supresión de los deberes y derechos matrimoniales fijados legalmente. No son pactos matrimoniales en previsión de ruptura, sino destinados a normar cuestiones que tienen lugar constante el matrimonio.

El Código civil, en sus arts. 67 y 68 establece el deber de los cónyuges de “respetarse, ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia, vivir juntos, prestarse fidelidad, socorrerse mutuamente y compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. Estos deberes conyugales, junto con el principio de igualdad que recogen los arts. 32 de la CE y 66 del Cc, conforman el estatus matrimonial y son indisponibles.

Ahora bien, tal y como pone de relieve la reforma del Código Civil por medio de la Ley 15/2005, de 8 de Julio, la eficacia de estos deberes se ha visto notablemente disminuida. De hecho, parte de la doctrina entiende que en la vigente regulación del matrimonio, carecen prácticamente de relevancia jurídica, con la única excepción del deber de socorro en su dimensión patrimonial, ya que su incumplimiento no provoca casi ninguna consecuencia jurídica: ni se conceden mecanismos de reacción al cónyuge

cumplidor, ni el incumplidor afronta sanción jurídica relevante como consecuencia de su incumplimiento<sup>50</sup>.

Pese a todo, el establecimiento de limitaciones legales a aquellos pactos relativos a estas cuestiones sigue siendo determinante. Es evidente que en la medida en que la poligamia es contraria al orden público matrimonial, un acuerdo que la permita o uno que excluya el deber de fidelidad será nulo de pleno derecho. Autores como GONZÁLEZ DEL POZO<sup>51</sup> afirman la nulidad de los pactos de matrimonio abierto - en base a los que los esposos aceptan mutuamente mantener relaciones adúlteras - y de matrimonio complejo o de *polifidelidad* - de acuerdo con el que se autorizan para mantener relaciones sexuales fuera del matrimonio pero dentro de un grupo determinado de parejas - .

En el caso de pactos que eliminen la obligación de vivir conjuntamente, se admiten, con carácter excepcional, si existe justa causa para ello (fundamentada en motivos laborales) y siempre y cuando la separación sea temporal<sup>52</sup>.

Cabe reseñar que la imposibilidad de disponer de los deberes conyugales fijados legalmente, implica la nulidad no solo de los acuerdos prenupciales que los excluyan, sino también de aquellos que tengan por objeto la creación *ex novo* de otros no contemplados en la ley.

Por otro lado, encontramos pactos dirigidos a concretar estos derechos y deberes, que serán válidos cuando la concreción que se haga no afecte al contenido esencial de los mismos, es decir, no les dote de un contenido que los haga irreconocibles.

Por último, en lo que a deberes y derechos conyugales se refiere, se discute por la doctrina la validez de los acuerdos matrimoniales que establezcan una indemnización por el incumplimiento de los mismos, en la medida en que, con excepción del deber de socorro, su incumplimiento no se asocia a la posibilidad de solicitar la separación o divorcio, ni posibilita que el cumplidor reclame una indemnización por daños morales<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> GASPAR LERA, S. loc.cit. pág.1049 (2011)

<sup>51</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J.P ob. cit. pág.2. También MEDINA ALCOZ,M. ob.cit. pág. 325 (2013).

<sup>52</sup> PÉREZ VALLEJO, A. M.<sup>a</sup>, *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, Granada, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, 2000, p. 176-190.

<sup>53</sup> El TS en sus sentencias de 22 de Julio de 1999 (RJ 1999/5721) y 30 de Julio de 1999 (RJ 1999/5726) ya estableció la inexistencia de la obligación de resarcir el daño moral que se pueda derivar de dicho incumplimiento (en ambos casos se trataba de un incumplimiento del deber de fidelidad). Ahora bien, no contamos con jurisprudencia clara al respecto de ahí que sobre todo la jurisprudencia menor (de Audiencias Provinciales) emplee diversos criterios, generalmente más amplios que los del TS, a la hora

No obstante lo anterior, ello no quiere decir que en ningún caso quepa otorgar una indemnización a este último si acredita que ha sufrido un daño moral. Podría decirse que por medio de la fijación de dicha indemnización, se otorga a los deberes matrimoniales una mayor importancia jurídica.

En base a esto último, parte de la doctrina entiende que estos acuerdos no afectan al contenido indisponible del matrimonio<sup>54</sup> y por tanto son plenamente válidos; aunque son más los autores que alegan su nulidad<sup>55</sup>.

### **C) Acuerdos sobre las causas de separación o divorcio**

Los artículos 81 y 86 del Código civil contemplan la facultad de los cónyuges para solicitar la separación y el divorcio respectivamente. La Ley 15/2005 hizo desaparecer el divorcio causal y lo sustituyó por uno consensual que solo exige para su formalización la voluntad de uno de los contrayentes y el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio.

Un pacto por medio del cual los cónyuges fijaran las causas que posibilitan la solicitud de la separación o divorcio, sería nulo, en la medida en que les permitiría crear un sistema de causas para su unión matrimonial, contrario a lo establecido en la ley.

Igualmente, sería nulo el acuerdo que excluyera el divorcio o separación, es lo que se conoce como pacto de indisolubilidad matrimonial. ROCA TRÍAS considera que, aun no existiendo un derecho consagrado en la CE a la separación o divorcio, sí que hay un derecho a no convivir más con el cónyuge o a no seguir casado. Concretamente, entiende que tales derechos se encuentran amparados por el derecho a la libertad personal, la dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)<sup>56</sup>.

### **D) Acuerdos que limiten los derechos fundamentales de los cónyuges tras la ruptura**

---

de pronunciarse sobre la posibilidad de que exista tal obligación de resarcimiento del cónyuge cumplidor por el daño moral experimentado. Así, sobre la base de que la falta de fidelidad no es objeto de indemnización, si considera indemnizable “la negligencia en la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultación al cónyuge” [vid. SAP Valencia de 2 noviembre de 2004 (AC 2004/1994), SAP Barcelona 16 de enero de 2007 (JUR 2007/323682) y SAP Valencia 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007/340366)].

<sup>54</sup> GASPAREL, S. loc. cit. pág. 1051 (2011)

<sup>55</sup> PINTO ANDRADE, C. *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 65: los pactos de indemnización a cargo del cónyuge incumplidor deben considerarse nulos, pues los artículos 67 y 68 CC son un conjunto de deberes, no de obligaciones, lo que significa que su inobservancia no es equiparable, en cuanto a los efectos, al incumplimiento contractual: no es pensable el cumplimiento forzoso o in natura o por equivalente de un deber conyugal incumplido.

<sup>56</sup> ROCA TRIAS, E. ob cit. págs.132-136 (2012)

Todo pacto que impida a cualquiera de los futuros contrayentes residir en un lugar (o, por el contrario, le obligue a hacerlo), frecuentar lugares específicos o comunicarse con personas determinadas o que, por ejemplo, le impida contraer de nuevo matrimonio, o en general, coarte su libertad personal o afecte a sus derechos fundamentales, será nulo de pleno derecho<sup>57</sup>.

### *3.2.3.2. Acuerdos relativos a los contrayentes con consecuencias patrimoniales*

Es habitual, y más frecuente en la práctica, que los pactos en previsión de ruptura sean empleados como un convenio regulador que, una vez se inicie el proceso de divorcio o separación, se presentará como tal ante el órgano jurisdiccional para su aprobación judicial. El art. 90 del Cc, que regula el convenio regulador, en su segundo apartado, determina que: “Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.

En base al citado precepto es posible que los futuros cónyuges establezcan pactos de muy diversa naturaleza, que procederé a analizar en los siguientes epígrafes.

Respecto de todos ellos, se predicen una serie de elementos comunes, como, por ejemplo, la exigencia de que, en el momento de cumplirse, el juez valore si tiene validez y puede surtir efectos, para lo que deberá tener en cuenta si se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias vigentes en el momento de celebrar el pacto respecto de aquellas presentes en el que este debe surtir efectos.

#### **A) Acuerdos que obligan a indemnizar al otro cónyuge en caso de ruptura**

Se trata de acuerdos que bien imponen a quien insta la separación o el divorcio la obligación de indemnizar al otro cónyuge o bien hacen recaer la citada obligación en uno de los esposos con independencia de quien promueva la separación o el divorcio. Estos son considerados por la generalidad de la doctrina como contrarios a la equidad o al orden público familiar ya que lo que hacen no es sino incentivar a la ruptura del matrimonio o, en sentido contrario, obstaculizar la voluntad del cónyuge que quiere divorciarse o separarse, pero no lo hace por tener que abonar la cantidad

---

<sup>57</sup>PÉREZ MARTÍN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia (Tomo II): Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento consensual.*, Lex Nova, Valladolid, 2009 pág. 70

correspondiente al otro <sup>58</sup>. Ahora bien, para otro sector doctrinal, estos pactos serían una suerte de cláusula penal perfectamente válida <sup>59</sup>.

Es importante señalar la SAP de Almería de 17 de febrero de 2003 (AC 2003/623), que ratificó la sentencia de primera instancia declarando la nulidad ,por ser contraria al orden publico matrimonial, las buenas costumbres, la moral y ética social, de una cláusula recogida en las capitulaciones matrimoniales de acuerdo con la que, si transcurrido un año desde el inicio de la convivencia, se producía un cese de la misma, el marido asumía la obligación de indemnizar a su mujer en una cantidad determinada.

La Audiencia declara nula la cláusula, al considerar que de no hacerlo así, se estaría permitiendo a los contrayentes establecer una clausula penal limitativa del derecho de separación reconocido implícitamente en el art. 32.2 CE, que, además, vulneraría el principio de igualdad jurídica recogido el párrafo primero del citado precepto<sup>60</sup>.

## **B) Acuerdos prematrimoniales relativos a la pensión compensatoria**

Es posible que los futuros esposos acuerden la cantidad que percibirán en concepto de pensión compensatoria en caso de que se produzca la ruptura de su matrimonio. Este pacto se ha considerado válido, tanto si fija una suma a tanto alzado como una cuantía periódica, cuando la compensación se circunscriba a supuestos en los que uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o divorcio experimente un desequilibrio y empeoramiento económico en comparación con el otro<sup>61</sup>.

En este sentido destaca la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 7 de Julio de 2008, en la cual el tribunal considera válido un pacto prematrimonial suscrito para regular el

---

<sup>58</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J.P “Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)” págs. 4-5.

<sup>59</sup> GARCÍA RUBIO, M.P., “Los pactos de prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil” *ADC*, t.56, fasc.4, 2003, oct-dic, págs.1670-1671”: no admitirlos implicaría impedir el derecho a casarse celebrando pactos de este tipo, además, no hay que olvidar la facultad moderadora de la indemnización del juez.

<sup>60</sup> SAP Almería 17 febrero 2003 (AC 2003/623) “... de admitirse la validez de la estipulación se estarían autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho de separación matrimonial reconocido implícitamente en el artículo 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de los derechos de los cónyuges y los colocaría a uno de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito del matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial (...) La razón de ello estaría en la falta de igualdad de los cónyuges que ocasiona aquella y que sería contraria al artículo 32.1 de la Constitución que consagra el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Esta igualdad se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual.”

<sup>61</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J.P loc. cit. pág.5

régimen matrimonial y la situación que resulta para el caso de disolución del matrimonio. La demanda rectora del juicio tiene su base en el contrato prematrimonial suscrito para regular el régimen matrimonial, así como la situación que resulta para el caso de disolución del matrimonio en el que se preveía que si se produjera el divorcio, con independencia de la parte que lo instara, la esposa recibiría una suma determinada por cada año de matrimonio.

La parte demandada (el marido) alegó que la suma reclamada era excesiva, ya que, pese a que desde que se firmó el pacto hasta el divorcio habían transcurrido algo más de 5 años, la convivencia efectiva se había prolongado únicamente seis meses y por tanto, la actora no tenía derecho a percibir ninguna compensación puesto que no se llegó si quiera a un año de matrimonio cumplido. A parte de ello, el esposo formuló reconvencción solicitando precisamente la resolución de dicho pacto prematrimonial-por incumplimiento de la otra parte de alguna de sus cláusulas, que según este, implicaban obligaciones recíprocas- y, en base a ello, pedía una indemnización por daños y perjuicios.

Ante tales hechos la Sentencia de la Audiencia confirma la de primera instancia y estima parcialmente la demanda del esposo (disminuyendo la compensación solicitada por la mujer, al entender que debe partirse para computar el tiempo de matrimonio de la fecha inicial del mismo, no desde que el pacto fue adoptado, pero sin llegar a reconocerle una duración de solo 6 meses) y desestima completamente su demanda reconvenccional<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> SAP Santa Cruz de Tenerife 7 Julio 2008 (AC 2006/468) “...así, de su lectura [de la clausula] se infiere con claridad que el punto que va a determinar el nacimiento al derecho de compensación por cada año de matrimonio va a ser el "divorcio" no la "ruptura de hecho de la convivencia" ni el incurrir en causa de divorcio, sino la exigencia de que se haya decretado el divorcio, (...) ya que es, precisamente, con la declaración de divorcio cuando se disuelve el matrimonio, y por tanto, momento determinante de la percepción de la compensación. (...) Por lo que respecta a la reconvencción formulada por la parte apelante lo que solicita en la misma es "la resolución del contrato de de 21 de noviembre de 2000", invocando el artículo 1.124 del CC , y, es evidente, que las distintas prestaciones a que se obligaban las partes en dicho contrato no pueden considerarse como obligaciones recíprocas, por cuanto es preciso, conforme a reiterada jurisprudencia, que el principio de reciprocidad esté tan perfectamente caracterizado que no se conciban las unas sin las otras, por lo que no puede apreciarse cuando las distintas estipulaciones son de cumplimiento y exigencia independiente.”



Más problemas plantean los pactos en los que se establece una renuncia anticipada a la pensión, supuesto que ha sido ampliamente estudiado por nuestra doctrina<sup>63</sup> dado que son los más frecuentes en la práctica española.

Siendo posible y válido disponer de la pensión compensatoria (tal y como se estableció en la STS de 2 de Diciembre de 1987<sup>64</sup>), la admisibilidad de estos pactos dependerá de la consideración de si es válido o no renunciar a derechos todavía no adquiridos. Por tanto, no hay discrepancias doctrinales ni jurisprudenciales, en cuanto a si es posible renunciar o no a la pensión una vez se produce la ruptura, sino en torno a si es válida la renuncia que se hace anticipadamente a esta, antes de contraer matrimonio o durante el mismo. Para CABEZUELO ARENAS<sup>65</sup> no cabe renunciar a derechos futuros de manera anticipada y por tanto es imposible y, en caso de que se produzca, nulo, que, con carácter previo al matrimonio (que es cuando, de acuerdo con el art. 97 Cc se adquiere el derecho a una compensación en caso de que la ruptura cause desequilibrio) se renuncie a la pensión compensatoria.

Otra razón aducida por quienes son contrarios a esta renuncia anticipada, es que en las leyes autonómicas relativas a uniones *more uxorio* la libertad de las partes está limitada por aquellos derechos que con carácter mínimo la ley reconoce a los miembros que las integran y que, hasta el momento en el cual pueden ejercitarse, no pueden ser objeto de renuncia. En tal caso, si se entiende que la compensación por desequilibrio se integra dentro de ese acervo de derechos mínimos mencionados, sería irrenunciable hasta que se produjera el cese de la convivencia y se acreditara el desequilibrio<sup>66</sup>.

En sentido opuesto opinan quienes consideran, apoyándose en el art. 6.2 Cc, que la renuncia anticipada de derechos futuros es una exclusión voluntaria a la ley aplicable (esto es, del art. 97 Cc) en caso de divorcio o separación y es válida<sup>67</sup>. Además, sobre la

---

<sup>63</sup> Véanse los artículos y obras mencionadas a lo largo de ese trabajo de GARCÍA RUBIO, M.P, REBOLLEDO VARELA, GASPAR LERA o MEDINA ALCOZ, entre otros.

<sup>64</sup> STS 2 Diciembre 1987 en relación con el art. 97 CC "...no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, respecto de las cuales se refiere la función tuitiva, todo ello con la facultad de alimentos, si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrente"

<sup>65</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L. "¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?" *Aranzadi civil: revista quincenal*, Nº 3, 2004, págs. 2388-2390

<sup>66</sup> Art.5 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables en Navarra o art.9 Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables en Baleares, entre otras.

<sup>67</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M "En torno a la llamada pensión compensatoria del art.97 del Código Civil" en *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid,

base del art. 1271 Cc, que admite la contratación sobre cosas o derechos futuros, se sostiene también dicha validez<sup>68</sup>. Hay quien entiende que, en la medida en que no es un derecho obligatorio, la renuncia a la compensación no vulnera el orden público familiar al no afectar a las normas de Derecho de familia puro (de contenido no patrimonial)<sup>69</sup>. Los argumentos aducidos por este sector doctrinal, junto con la STS arriba referida, pueden llevarnos a considerar que la compensación por desequilibrio económico es un derecho del cónyuge disponible y renunciable.

La jurisprudencia tampoco emplea un criterio uniforme, así, en contra de la validez de la renuncia anticipada se pronuncia la SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 (AC 2001/151) que declaró la nulidad de la renuncia a la compensación por desequilibrio realizada años antes de la demanda de separación, por versar sobre un derecho inexistente. El supuesto de hecho de la resolución trata de la impugnación de una renuncia recíproca a la mencionada compensación, que realizaron los entonces futuros contrayentes en la escritura pública de liquidación de gananciales, por parte de la esposa la cual que pretendía invalidar el consentimiento prestado en el pacto afirmando que actuó bajo coacción de la otra parte. La Sala, dejando dicho de antemano que no puede pronunciarse en el procedimiento de separación que se estaba sustanciando ante la misma sobre la existencia de vicios de consentimiento, si se declara competente para valorar de oficio sobre la validez o nulidad de la renuncia a esa futura pensión por desequilibrio. Así, determina que la renuncia a los derechos otorgados por la ley sólo cabe en el momento en que estos hayan nacido o se encuentren en el patrimonio jurídico del renunciante y no puede tener lugar sino sobre aquello de lo que se puede disponer, considerando a la esposa acreedora de la pensión compensatoria<sup>70</sup>.

---

1985 pág.120; GONZALEZ DEL POZO, J.P., “El derecho compensatorio y sus modificaciones” Colex, Madrid, 2007, págs.1018 - 1019.

<sup>68</sup> Entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M<sup>a</sup> T., *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 70; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P., *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada, Comares, 2005, p. 155; REBOLLEDO VARELA, A. L., ob. cit., pag. 749.

<sup>69</sup> ROCA TRIAS ob.cit. pag.84 (2012)

<sup>70</sup> SAP Asturias 12 diciembre 2000 (AC 2001/151): “se trata de una renuncia a un futuro, hipotético e incierto derecho, que sólo nace temporalmente en el momento de la separación, y está sujeto al condicionante de que la misma produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en relación con la situación que se mantenía en el matrimonio, debiendo tenerse en cuenta al respecto (...) que la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes, sólo cabe respecto de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante”

En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Girona de 1 de Marzo de 2004 (SAP 62/2004), en la que se declaró nula una cláusula contenida en las capitulaciones matrimoniales, que decía: “En caso de separación, divorcio o nulidad, los conyuges quieren expresamente que no haya derecho a compensación alguna por razón del matrimonio o convivencia conyugal”<sup>71</sup>.

Ante la falta de jurisprudencia del Tribunal Supremo que se pronuncie sobre estas cuestiones, cabe mencionar la STS de 10 de Marzo de 2009 (STS 162/2009), que versa sobre un supuesto en el que, previamente a la crisis, los esposos otorgaron capitulaciones matrimoniales en las que se sustituía el régimen de gananciales por el de separación de bienes, estableciendo además que a partir de ese momento cada uno de ellos se harían cargo de cualquiera de sus gastos que se derivaran de cualquier circunstancia. De acuerdo con ello, el marido argumentaba que su esposa había renunciado a solicitar en un futuro pensión compensatoria, la cual fue con posterioridad fijada en primera instancia y ratificada por la Audiencia. El Tribunal entiende que del pacto firmado por las partes se desprende que la voluntad de correr con sus gastos “de cualquier tipo y en cualquier circunstancia” solo era una consecuencia del régimen de separación que estaban estableciendo, sin existir en los esposos intención de renunciar a la pensión del art. 97 Cc<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> SAP Girona 1 Marzo 2004 (SAP 62/2004) “...no hay ninguna duda de que tanto la pensión compensatoria del art. 84 de CF [Código de Familia de Cataluña] como la indemnización prevista en el art. 42 del mismo, nacen a partir del momento de la separación, divorcio o nulidad matrimonial (...) nos encontramos ante una clausula que conlleva una renuncia total y absoluta de unos derechos que no han nacido ni se podía saber, en el año 1991 si llegarían a nacer. (...) El art.15 CE prevé que se puedan hacer pactos en previsión de ruptura matrimonial siempre que sean lícitos. Pero una cosa resulta un pacto sobre determinados aspectos de contenido patrimonial y otra es la posibilidad de pactar de manera genérica, anticipada, absoluta e incondicional que no habrá ningún tipo de compensación. (...) Una cosa es que puedan establecerse en pactos lícitos sobre cómo afrontar una indeseable ruptura matrimonial. Y la otra que se trate de una renuncia a todo y en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia de una de las partes a lo que aun no conoce porque no se ha generado. Esta clase de renuncia es la que debe ser considerada nula a todos los efectos porque es contraria al art. 6.2 Cc y como ilícita que es, no se ve amparada por el art. 15.1 CF.”

<sup>72</sup> STS 10 Marzo 2009 (STS 162/2009) “...no constando contradicción entre la voluntad de las partes y las palabras empleadas para expresarla, de los términos empleados a lo largo de las capitulaciones desprende con absoluta claridad que la voluntad de los esposos de correr con sus gastos " de cualquier tipo y en cualquier circunstancia ", era tan sólo una de las consecuencias del régimen de separación por el que habían optado en sustitución del legal de gananciales que hasta entonces regía la economía del matrimonio, faltando razones para entender que además existía en los cónyuges el ánimo de renunciar a la pensión por desequilibrio del artículo 97 del Código Civil , y con menor motivo si se tiene en cuenta que en ese instante tal pensión era una mera expectativa de un derecho futuro, el cual estaba pendiente para su devengo de que se diera la ruptura conyugal.”

Por otro lado podemos encontrar resoluciones como la de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de febrero de 2007 (JUR 2007/151411), entre otras<sup>73</sup>, en las que se admite la renuncia anticipada sobre la base del art. 6.2 Cc. En el supuesto de hecho de la citada sentencia se resuelve sobre la licitud de la renuncia a la pensión compensatoria que se produce en las capitulaciones otorgadas antes de las nupcias. El tribunal, reconociendo que el derecho no ha nacido, determina que no se trata de una renuncia previa a un derecho, sino a una ley. Considera que las partes por medio de un negocio jurídico están excluyendo voluntariamente la norma dispositiva que regula el régimen aplicable a un derecho que, por consiguiente, nunca va a formar parte del patrimonio del que en un futuro podría haber sido su titular<sup>74</sup>.

Dicho lo anterior, hay que tener en cuenta que la exclusión de la ley en base al art. 6.2 Cc se permite siempre y cuando, como el propio precepto señala, no sea contraria al interés y el orden público y no perjudique a terceros. Por ello, aun cuando la afectación al interés público es difícil, en la medida en que el derecho a percibir compensación por desequilibrio económico afecta a los intereses particulares de los cónyuges, si la renuncia a la pensión compensatoria afectara a los hijos del matrimonio o a acreedores de alguno de los esposos, no sería válida.

En cuanto a la vulneración del orden público, se produciría en caso de que la renuncia perjudicara los derechos fundamentales de alguno de los cónyuges o vulnerara el principio de igualdad reconocido en la CE. De nuevo hay discusión doctrinal en este punto, las opiniones se dividen entre quienes consideran que en todo caso una renuncia unilateral es contraria al principio de igualdad<sup>75</sup> y quienes entienden que la igualdad no debe interpretarse en el sentido de ser necesaria la renuncia a la compensación por parte de ambos cónyuges<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> SAP Valencia 25 enero 2002 (JUR 2002/111451); SAP Madrid 27 noviembre 2002 (JUR 2003/92086) y SAP las Palmas de Gran Canaria de 20 de abril de 2007 (JUR 2007/171088)

<sup>74</sup> SAP Madrid 27 febrero 2007 (JUR 2007/151411), "...no se trata de una renuncia anticipada a un derecho, sino más bien ante [sic] una renuncia a la ley, a la que se refiere el artículo 6.2 del Código Civil, al hablar de la exclusión a la ley aplicable, lo que supone excluir voluntariamente, mediante un negocio jurídico, el régimen regulador de un determinado derecho, lo que implica la previa renuncia de los derechos aún no ingresados en el patrimonio de su eventual titular, por haberlo dispuesto así voluntariamente los destinatarios de la norma dispositiva, que han sustituido la regulación de una determinada institución, la pensión compensatoria en nuestro caso, por otra distinta."

<sup>75</sup> CABEZUELO ARENAS, A.L. loc. cit. pág. 2379; MEDINA ALCOZ loc. cit. pág. 313 (2013)

<sup>76</sup> Dice GASPAR LERA, S. loc. cit. pag. 1064 (2011) que "A este respecto debe ponerse de relieve que la referida prestación por desequilibrio puede corresponder potencialmente a cualquiera de los consortes, pero sólo se reconoce efectivamente a uno de éstos; en consecuencia, la renuncia por quien es evidente

Como señala GASPAR LERA<sup>77</sup> el principio de igualdad sí se vería conculcado en aquellos supuestos en que el abono de la compensación económica se dejara a la elección de alguno de los futuros contrayentes. Así ha quedado dicho por la Sentencia de 11 de Febrero de 2003 de la Audiencia Provincial de Córdoba (SAP de Córdoba 40/2003) , en donde se declaró nula una cláusula, que decía “como la esposa buscará trabajo para suplementar el desequilibrio económico personal y de sus hijos con motivo de la separación, no se considerará que existe alteración sustancial, a los efectos de revisión de la contribución de las cargas, y a la pensión compensatoria, el que desarrolle un trabajo retribuido en menos del doble del salario mínimo (SMI)”. La razón aducidas por el Tribunal para declarar la nulidad fue fundamentalmente el hecho de que la aplicación o virtualidad del pacto de abonar la pensión se deja al arbitrio de una de las partes, en este caso de la mujer, que puede rechazar aquellos empleos que tengan una retribución superior al SMI, lo que es contrario al art. 1256 Cc y da lugar a una especie de clausula de *pervivencia* que, al depender en todo de la voluntad del acreedor, debe ser nula necesariamente. La pensión compensatoria no puede ser vitalicia, según la resolución, el hecho de que el legislador no previera una limitación temporal en el art. 97 Cc no implica *a sensu contrario* que la excluya<sup>78</sup>.

En cualquier caso para que la renuncia, unilateral o no, sea válida, es necesario que el consentimiento de las partes sea informado y que el juez tenga la facultad de controlar que este se ha formado correctamente<sup>79</sup>. Además, aun dándose estos requisitos, será nula si en el momento en que esta deba surtir efectos las circunstancias vigentes en el momento de celebrar el pacto han experimentado un cambio sustancial.

---

que no va a tener derecho a ella carece de toda trascendencia práctica, de modo que la realizada únicamente por el otro no cabe traducirla en una quiebra de la igualdad conyugal ”

<sup>77</sup> GASPAR LERA, S. loc.cit pág. 1064 (2011)

<sup>78</sup>SAP Córdoba 11 Febrero 2003 (SAP Córdoba 40/2003) “...Nos encontramos, por tanto, con una infracción del art. 1.256 del C.C., por vía de una cláusula que en esencia no es sino una condición resolutoria del pacto de abono de la pensión en cuestión; condición que al depender de la exclusiva voluntad del acreedor - no del deudor - conlleva la nulidad, no de la obligación de cumplir la obligación de abonar la pensión, sino exclusivamente la en la propia cláusula de "pervivencia" o "blindaje" en la que dicha estipulación accesoria sustancialmente consiste” (...). La respuesta [a si debe ser o no vitaliciamente operativa] entiende esta Sala que debe ser negativa, pues lo cierto es que el criterio de este Tribunal (...) es el admitir la posibilidad de una limitación temporal de la percepción de la pensión compensatoria, toda vez que la voluntad del legislador al no prever en el art. 97 del C.C. una limitación temporal no significa que la excluya, máxime cuando la pensión compensatoria no constituye derecho absoluto ni vitalicio, sino un derecho relativo, circunstancial, cuya legítima finalidad es colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad, lo que motiva, que en atención a las circunstancias pueda limitarse temporalmente su duración”.

<sup>79</sup> ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, L. loc. cit. pág.24

Por tanto, la renuncia, implícitamente, incluye la cláusula *rebus sic stantibus* y el juez no podrá homologar el acuerdo de las partes si se ha producido dicho cambio.

Además la prestación compensatoria tiene una naturaleza mixta: indemnizatoria (repara el daño objetivo de la separación o divorcio y compensa el desequilibrio que produce) y alimenticia. Partiendo de ello, hay que decir que si la compensación a la que se renuncia anticipadamente, cumple, al tiempo de nacer, con esa función alimenticia o asistencial (lo cual ocurre cuando al dictarse sentencia de divorcio el renunciante carece de lo imprescindible para subsistir), el acuerdo será ineficaz<sup>80</sup>. Tal y como señala GASPAR LERA<sup>81</sup> los alimentos son irrenunciables y se circunscriben a la separación matrimonial, puesto que se entiende que con el divorcio desaparecen los deberes de asistencia y socorro mutuo y con ellos también aquel deber legal; por consiguiente, en el divorcio la posible situación de necesidad de uno de los *ex* cónyuges solo podría paliarse mediante la compensación por desequilibrio.

La jurisprudencia menor es también ilustrativa a este respecto, así conviene mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (SAP de Granada 122/2001, de 14 de Mayo) cuyo supuesto de hecho versaba sobre un matrimonio donde los contrayentes (cada uno con ingresos propios procedentes de sus respectivos oficios), con carácter previo al mismo, celebraron capitulaciones matrimoniales estableciendo como régimen económico el de separación de bienes, previendo además una cláusula por la que ante una disolución matrimonial ninguno de los esposos estaría obligado a pagar la pensión compensatoria del art. 97 Cc. Pues bien, la mujer, al presentar demanda de separación solicita dicha compensación argumentando que se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias (había dejado su empleo como consecuencia del trabajo de su marido, que implicaba viajar con habitualidad). La Audiencia, partiendo de la validez de la renuncia a la compensación, estima la pretensión de la esposa aplicando la teoría de la base objetiva del negocio jurídico “...que puede tener lugar cuando la base o la causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negocial desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento. Entre las circunstancias cabe señalar que, además de la dedicación de la esposa al marido durante seis años, incluso atendiendo durante algún tiempo a un hijo de éste, carece, (...) de medios económicos suficientes para poder vivir independientemente, careciendo igualmente de vivienda propia, sin

---

<sup>80</sup> TORRES FIGUEROA, M., ob.cit. pág. 79

<sup>81</sup> GASPAR LERA, S. loc.cit. pág.1066 (2011)

contar, en la actualidad, con un puesto de trabajo y tampoco con una proyección más o menos inmediata para incorporarse al mundo laboral.”

Parte de la doctrina<sup>82</sup>, no obstante, se plantea si las razones que emplea la Audiencia para ratificar el beneficio económico para la esposa fijado por el Juzgado de 1ª Instancia, pueden hacer pensar que lo que otorga el Tribunal es verdaderamente la pensión por desequilibrio económico del art. 97 Cc, o una compensación por extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes del art. 1438 Cc cuya finalidad es disminuir la injusticia generada entre los esposos cuando uno de ellos se ha dedicado al cuidado del hogar en beneficio exclusivo de este último. En este último caso, podría ser que el tribunal hubiera incurrido en incongruencia al pronunciarse sobre algo no solicitado por las partes (ex art. 218 LEC).

### **C) Acuerdos prematrimoniales relativos a la compensación por el trabajo para la casa**

El art. 1438 Cc reza lo siguiente: “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”

La finalidad de la norma es paliar la diferente contribución a las cargas familiares por parte de los cónyuges (casados en régimen de separación de bienes) cuando uno de ellos, además de aportar a las mismas con un oficio, se dedica a realizar tareas del hogar o para el otro, con escasa retribución o gratuitamente.

De acuerdo con la doctrina, la renuncia a esta compensación es plenamente válida y eficaz, dado el carácter dispositivo del precepto que la regula, que no forma parte del régimen económico primario, y que permite a los cónyuges configurar un régimen de separación de bienes de carácter pactado<sup>83</sup>. Por ello los cónyuges no solo pueden determinar la supresión de la pensión, sino también reducirla o incrementarla, fijando la cantidad a percibir<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> GARCÍA RUBIO, M.P., ob.cit. pág.1664 (2003)

<sup>83</sup> ROCA TRIAS, E. ob. cit. Pág.2134 (2006); Medina Alcoz, M. loc y ob. cit. pág.318 (2013).

<sup>84</sup> GARCÍA RUBIO, M.P., se pronuncia sobre las diferencias entre la pensión por desequilibrio y la compensación por extinción del régimen de separación en “Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho” SL. Civitas ediciones (1995) págs. 167 y ss.; por su parte GONZÁLEZ DEL

En este sentido, la Sentencia de la SAP de Murcia de 29 de Octubre de 2002 declara la plena validez y eficacia de la renuncia a la compensación del art. 1438 Cc en un supuesto en el que la esposa, casada en régimen de separación, solicitó como consecuencia de la separación las prestaciones recogidas en los arts. 97 y 1438 Cc. El Tribunal estimó que no concurrían los requisitos exigidos para conceder la compensación por desequilibrio económico y rechazo su concesión, igualmente desestimo la solicitud de la compensación regulada en el ultimo precepto mencionado al considerar válido y vinculante el pacto que los contrayentes habían celebrado antes de las nupcias, en el cual, además de establecer el régimen de separación, se determinaba que: “cada una de las partes atenderán por separado las necesidades de sus respectivas familias por cuanto uno y otro son divorciados y han generado en sus precedentes nupcias un concreto núcleo familiar”. Además, el marido se comprometía a contratar a su costa personal domestico con el fin de que su esposa no hubiera de dedicarse a las finalidades domesticas. Para el órgano judicial, estos pactos implicaban que “ya con anterioridad al matrimonio ambos cónyuges excluyen (...) la posibilidad de aplicación del controvertido artículo 1438 del Código Civil”.

En resumen, desestima las pretensiones de la recurrente al considerar acreditada con base en el anterior pacto, la renuncia a la compensación por el trabajo dedicado al hogar.

#### **D) Acuerdos relativos al uso de la vivienda familiar**

La doctrina se pronuncia en sentidos opuestos a la hora de afirmar o negar la validez de este tipo de pactos, con carácter general se apuesta por su validez siempre que las partes no tengan descendencia menor de edad o que, teniéndola, esta no resulte perjudicada por el contenido de los mismos<sup>85</sup>.

El interés de los menores primará siempre sobre el de los cónyuges, por lo que existiendo hijos, la eficacia de este tipo de pactos relativos al uso de la vivienda estará supeditada a la aprobación del juez (ex. art. 96 Cc). ZARRALUQUI es proclive además a

---

POZO en “Acuerdos y contratos prematrimoniales (II) cit.pág.6 afirma que hay que tener en cuenta que, como consecuencia de las distintas naturalezas y fundamentos de las prestaciones del art.97 y 1438 Cc la renuncia a una no implica la renuncia a la otra (y viceversa).

<sup>85</sup> A favor de la validez de estos acuerdos se manifiesta GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. ob. cit. Pág.6; ZARRALUQUI SÁNCHEZ loc. cit. Págs.24 y ss., entre otros. En contra, al considerarlos una vulneración del principio de igualdad: EGEA FERNÁNDEZ, en “*La pensión compensatoria y los pactos en previsión de una ruptura matrimonial*”, Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, T-III (Derechos reales. Derecho de Familia), Madrid, Thompson-Civitas, 2003, págs. 4551-4573.



admitir la validez de aquellos que atribuyan el uso de la vivienda a uno de los cónyuges sometiendo tal atribución a la condición resolutoria de que este no vuelva a casarse, siempre y cuando los hijos no queden en situación de desprotección<sup>86</sup>.

En caso de que no existan hijos, los pactos maritales en este sentido tienen un contenido meramente patrimonial y los esposos en base al art. 96.3 Cc pueden establecer la atribución de la vivienda a favor del cónyuge no titular de la misma, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Ahora bien, en la jurisprudencia cada vez se tienen en cuenta más factores que permiten fijar un límite temporal al uso de la vivienda familiar<sup>87</sup>.

Aun cuando no existan hijos, en caso de que los cónyuges no hayan llegado a un acuerdo sobre el uso de la vivienda familiar, se aplica subsidiariamente el art. 96.1 Cc, que deja al arbitrio del juez la determinación de a quien corresponde tal facultad.

#### **E) Acuerdos relativos a la patria potestad de los hijos**

Es posible, de acuerdo con el art. 92.4 Cc, que los futuros contrayentes acuerden preventivamente la forma en que se va a ejercer la patria potestad de los hijos comunes una vez se produzca el divorcio o la separación. Si bien es cierto que tales pactos cuentan con límites, ya que en ningún caso podrá despojarse por medio de los mismos de la titularidad de la patria potestad, que es irrenunciable, imprescriptible e indisponible y solo puede ser objeto de privación por sentencia (art. 170 Cc)<sup>88</sup>.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de Mayo de 2002, ratificó la nulidad declarada por el Juzgado de Instancia sobre una cláusula que atribuía en exclusiva la patria potestad a la madre, al considerarla como un *derecho*-

---

<sup>86</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ loc. cit. Págs. 22-23.

<sup>87</sup> SAP Baleares 21 abril 2005 (SAP Baleares 161/2005) : «El hecho de que una hija de 28 años conviva con sus padres no se considera motivo suficiente para otorgar el uso exclusivo a la madre; y su enfermedad (...) no consta que alcance un grado relevante de gravedad suficiente para constituirlo en el interés más digno de protección». Concluye la Sala estableciendo un nuevo plazo de siete meses en los que se atribuye el uso de la vivienda a la esposa, «pero transcurrido el mismo se extinguirá dicha asignación, con la finalidad de que en dicho período puedan llegar a un acuerdo sobre el futuro del chalé, y si no llegasen al mismo, cualquiera de ellos pueda ejercitar las acciones que considere oportunas, en su caso, la acción de división de cosa común». En el mismo sentido se pronuncia la STS 31/2017 de 19 Enero 2017. Por su parte, la SAP Tarragona 17 enero 2005 (SAP Tarragona 37/2005) desestima la demanda de modificación de medidas que pretendía la prórroga de la atribución del uso de la vivienda familiar.

<sup>88</sup> GONZALEZ DEL POZO loc. cit. Págs.6-7.

*función* de carácter social respecto del que los cónyuges no pueden convenir en ningún caso su privación.

Un supuesto interesante es el que se contiene en la RDGRN de 21 de Abril de 2005 en donde se evaluaba la posibilidad de que el padre biológico de un menor, colombiano, delegara el ejercicio de la patria potestad en el marido de la madre, que era español. La DGRN determinó la ineficacia de la cláusula que tenía tal contenido, ya que la patria potestad en el derecho español no es renunciable ni delegable.

#### **F) Acuerdos relativos a la guardia y custodia de los hijos**

Siguiendo a ROCA TRIÁS se trata de pactos que forman parte del *plan de parentalidad* que permite a los progenitores acordar como van a ejercer la responsabilidad parental en caso de que no convivan juntos. Son pactos válidos, que versan sobre el ejercicio de la guardia y custodia compartida y/o sobre el régimen de comunicaciones o de estancias de los menores con el padre o madre que no la tenga atribuida<sup>89</sup>. Estos pactos, para la mayor parte de los autores, están sometidos a aprobación judicial, que no deberá producirse en casos en que el cumplimiento de los mismos sea incompatible con la situación personal, familiar y social de los padres y de sus hijos en el momento en que deben desplegar sus efectos<sup>90</sup>.

Al margen de estos, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre otros que, por ejemplo, establecen modificaciones automáticas relativas a la guardia y custodia que se producen por hechos tan arbitrarios como un cambio de residencia, contraer nuevas nupcias o iniciar una nueva relación, los cuales deben considerarse nulos.

La SAP de Murcia de 7 de Noviembre de 2006 (SAP Murcia 234/2006) declara la ineficacia (que no nulidad) de una cláusula en la que se establecía que, en caso de que la madre (que tenía atribuida la guardia y custodia de los menores) trasladara su residencia al extranjero, los hijos se mantendrían en el domicilio en el que vivían en dicho momento, en compañía de su padre, a fin de mantenerse en su entorno y dar continuidad a su desarrollo integral. Así, determina que “la doctrina no conlleva la nulidad de la cláusula litigiosa si no su ineficacia, si llegada la situación que en la misma se contempla se solicita del Juez una solución distinta. Este, apreciando la

---

<sup>89</sup> ROCA TRIAS, E ob. cit. pags.164-165, 2012.

<sup>90</sup> Así opina GONZALEZ DEL POZO, J.P., ob cit. Pág.7. No obstante, hay quien considera que el juez intervendrá de manera extraordinaria y motivada, sólo cuando resulte perjudicial para el menor: ZARRALUQUI SÁNCHEZ loc. cit. Pág.21.

situación en ese momento y con arreglo a los criterios antedichos, resolverá sin estar constreñido por lo acordado por las partes. Todo ello con independencia de que sea perfectamente legítimo que los padres acuerden lo que consideren mejor para sus hijos. De ahí que la cláusula no sea nula si no ineficaz, en su caso”.

Por su parte, reviste interés la SAP de A Coruña de 7 de mayo de 2002 cuyo supuesto de partida es la previsión realizada por los progenitores en un convenio regulador en virtud de la que la custodia de las hijas menores se atribuía a la madre, ahora bien en el caso de que la madre llegase a tener relación de pareja con otra persona, la custodia de las hijas pasaría al padre, salvo que éste también tenga relación de pareja. En cualquier caso, el padre también obtendría la custodia en caso de que la madre trasladara su residencia fuera de Santiago de Compostela o no pudiera pernoctar con sus hijas en esa ciudad. Para el tribunal este pacto coarta la libertad y dignidad de la madre, y no está justificado en el interés de las menores, de ahí que declare su nulidad.

En la misma línea, la SAP de Ciudad Real de 27 de enero de 2003 (SAP Ciudad Real 7/2003) declara nula la cláusula del convenio regulador de la separación que impedía a la esposa, que tenía la custodia del hijo común, trasladar su domicilio fuera de la localidad de Ciudad Real durante siete años.

#### 3.2.4. Forma

Por último, en relación en cuanto a si los pactos solo pueden recogerse en las capitulaciones, cabe decir que estas no son el único instrumento para contemplar “cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio”<sup>91</sup>. Esto implica que no necesariamente serán nulos aquellos pactos que se recojan en documento privado.

Los acuerdos matrimoniales, entendidos, por tanto, como un contrato independiente, deben cumplir, como negocio jurídico que son, los requisitos de validez del art.1261 Cc, así como respetar los límites generales a la autonomía de la voluntad del art.1255 de la citada disposición y los impuestos por la legislación especial que afecte a materias objeto de regulación por los mismos.

Ahora bien, pese a lo anterior, dado el variado elenco de materias que, como se ha visto, pueden ser contenidas en los mismos, hay que tener en cuenta que, en algunos casos la escritura pública resultará fundamental. La doctrina ha empleado diversos

---

<sup>91</sup> ANGUITA VILLANUEVA ob. cit. pág. 310 (2010)

criterios para determinar que pactos deben ser recogidos en escritura pública y cuáles no. Así esta será necesaria para considerar válidos los acuerdos que estipulen, modifiquen o sustituyan el régimen económico (ex art.1327 Cc).

Por su parte, MEDINA ALCOZ asume la clasificación que al respecto realiza GONZÁLEZ DEL POZO<sup>92</sup>, distinguiendo entre aquellas estipulaciones que:

1. Deben constar en escritura pública como forma solemne: entre los que incluye los pactos relativos a la fijación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial, aquellos que contengan donaciones *propter nuptias* entre los cónyuges de bienes inmuebles presentes (ex. arts. 1341.1, 1327 y 633 Cc) o de bienes futuros, muebles o inmuebles, solo para el caso de muerte (ex. arts. 1341.2, 1327 y 633 Cc) o promesas de mejorar o no mejorar (ex. arts.826 y 1327 Cc).
2. Pactadas válidamente en documentos privados, otorgan a los futuros contrayentes la posibilidad de compelerse recíprocamente a elevarlas a escritura pública, teniendo esta no un carácter *ab substantiam* o constitutivo, sino *ad probationem* (art.1279 y 1280 Cc)
3. No necesitan constar en documento público: son aquellas que no afectan a materias propias de las capitulaciones, ni aquellas recogidas en el art.1280 Cc. Estas podrán contenerse en documento privado sin que ninguna de las partes pueda obligar a la otra a su elevación a escritura pública. Por ejemplo aquellas que se refieran a cuestiones de naturaleza personal pero también patrimonial (como la renuncia a una pensión compensatoria, la fijación de pensiones alimenticias a favor de futuros hijos...)

En este punto, es necesario mencionar que, a partir de la ya mencionada STS 325/1997, de 22 de Abril (que reconoció la validez y eficacia de los contratos otorgados entre cónyuges, al margen o completando lo acordado en los convenios reguladores), el Tribunal Supremo ha reiterado la admisión de aquellos acuerdos de los cónyuges que consten en documento privado, no afecten al régimen económico matrimonial, cumplan los requisitos esenciales del art.1261 Cc y no vayan en contra de normas de *ius cogens* (SSTS 21 de diciembre de 1998, 15 de Febrero de 2002, 6 de Febrero de 2006 y 17 de Octubre de 2007).

---

<sup>92</sup> GONZÁLEZ DEL POZO “Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)” Boletín de Derecho de familia nº81 pág.13.

El Fundamento quinto de la STS de 6 de Febrero de 2006 realiza un repaso por los casos planteados en torno a pactos en documentos privados y recoge la doctrina jurisprudencial de manera clara, al determinar qué: “La autonomía privada de los cónyuges les permite pactar lo que crean más conveniente para sus intereses y para ello pueden utilizar los documentos privados, siempre que las Leyes no exijan para la validez del acto que están realizando, el otorgamiento de escritura pública. (...) en los contratos entre cónyuges, que podemos calificar como atípicos, deben concurrir los elementos del artículo 1261 del Código Civil (...) y no deben traspasar los límites que el artículo 1255 del Código Civil impone a la autonomía de la voluntad.”

Así mismo, la última de las resoluciones arriba referenciadas, demuestra que ante una misma situación (consistente en una disolución del régimen económico matrimonial y sus posteriores liquidaciones) es posible encontrarse unos capítulos matrimoniales, un convenio regulador privado (que requieren para su validez de escritura pública y homologación judicial respectivamente) y un acuerdo entre las partes relativo al mismo expresado por escrito en documento privado. Ello nos permite afirmar que las partes, con independencia de la forma, pueden pactar los efectos de la disolución del matrimonio a través de los diversos negocios jurídicos que el derecho les proporciona.

En conclusión, tal y como manifiesta REBOLLEDO VARELA<sup>93</sup>, si para los cónyuges la facultad de contratar no se limita por forma *ad solemnitatem*, salvo lo previsto en el 1325, no existirá obstáculo para inferir esta misma solución para los acuerdos matrimoniales.

Ahora bien, la mayor parte de la doctrina no deja pasar la oportunidad de indicar que el hecho de que los futuros esposos puedan formalizar en documento privado sus negociaciones, no implica que lo aconsejable procesalmente y a efectos de prueba sea su inclusión en escritura pública<sup>94</sup>. Ello, pese a que tal y como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN núm.4/2003 de 19 de Junio), estos acuerdos prematrimoniales no puedan acceder ni al Registro Civil, ni al de la Propiedad.

---

<sup>93</sup> REBOLLEDO VARELA, A.I “Pactos en previsión de una ruptura prematrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)” en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, edit. Thompson Civitas, 2008, vol. I págs.741-742.

<sup>94</sup> ANGUITA VILLANUEVA ob. cit. pag.313 (2010) o MEDINA ALCOZ ob.cit. pag.292 (2013)

## CONCLUSIONES

1ª Los pactos matrimoniales celebrados antes o después de las nupcias, pero siempre antes de que surja la crisis matrimonial, cuyo objeto es regular los efectos de una eventual y futura ruptura, son una realidad que ha llegado a nuestro Derecho procedente de los sistemas anglosajones para quedarse.

2ª El carácter imperativo del Derecho de familia se ha visto en España claramente suavizado por las exigencias sociales que, progresivamente, han impulsado reformas legislativas que han ampliado el margen reconocido en él a la libertad de pacto. Ello ha permitido que algunos de los efectos derivados de la ruptura matrimonial sean decididos por los cónyuges, siempre dentro de los límites que marcan las Leyes (fundamentalmente la Constitución española y el art.1255 Cc), la moral y el orden público.

3ª La falta de una regulación común de los pactos matrimoniales, exige llevar a cabo un análisis casuístico de la jurisprudencia a fin de determinar cuál es el contenido que pueden albergar sin rebasar las mencionadas limitaciones.

4ª Con carácter general podría reconocerse la validez de los pactos que afectan a cuestiones patrimoniales del matrimonio, mucho menos controvertidas que las personales, en cuanto que éstas pueden afectar a los derechos fundamentales de los cónyuges o colisionar con el interés de sus hijos menores. Estas cuestiones personales no se rigen por el principio dispositivo o rogatorio y no son negociables si causan algún tipo de perjuicio a los hijos, al caer en la órbita del *ius cogens* y el principio *favor filii*.

5ª La inseguridad jurídica que provoca el hecho de que el Código Civil no los contemple de manera clara, ni los regule, hace que la figura del Juez sea fundamental en orden a determinar cuáles son los pactos admisibles y cuáles no. Así, serán los Tribunales los que en cada caso deberán examinar si el pacto, en primer lugar, versa sobre cuestiones disponibles para las partes y por tanto, no se rige por preceptos imperativos, y, en segundo lugar, si se ha adoptado de acuerdo con la legalidad y es justo, lo cual exige comprobar que el consentimiento se ha prestado libremente y que las condiciones existentes en el momento en que se firmó el pacto y aquellas presentes cuando este deba surtir efectos son sustancialmente las mismas.

6ª En cualquier caso, la mayor parte de la jurisprudencia existente por el momento procede principalmente de Audiencias Provinciales, siendo los pronunciamientos al respecto del Tribunal Supremo de carácter excepcional y residual.

7ª El cada vez mayor uso de estos pactos por los ciudadanos y su aceptación social, como demuestra la ingente cantidad de resoluciones judiciales dictadas sobre ellos en los últimos años, hace aconsejable una reforma del Código Civil que los contemple expresamente. Dicha reforma debería identificar los límites a la autonomía de la voluntad y aportar criterios claros y uniformes a los órganos jurisdiccionales y a los propios esposos, que evitarán a estos últimos acudir a los Juzgados en caso de se planteen controversias relativas a la validez, contenido y eficacia de tales pactos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANGUITA VILLANUEVA, L.A., “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española.” (Trabajo que forma parte de las actividades del Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid, número 931083, dirigido por el profesor Joaquín Rams Albesa.) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3625940>
- ANTÓN JUÁREZ, I. “Acuerdos prematrimoniales, ley aplicable y Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2015), Vol. 7, Nº 1, pp. 5-45 ISSN 1989-4570 - [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt).
- BARRADA ORELLANA, R.; GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S., *El nuevo Derecho de la persona y de la familia: libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosh. S.A., Madrid, 2011.
- BERROCAL LANZAROT, A.I., “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, Nº. 5, 2015, págs. 48-67
- CABEZUELO ARENAS, A. L. “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?” *Aranzadi civil: revista quincenal*, Nº 3, 2004.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M “En torno a la llamada pensión compensatoria del art.97 del Código Civil”, en *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985
- DIEZ - PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2006.
- EGEA FERNÁNDEZ, “La pensión compensatoria y los pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T-III (Derechos reales. Derecho de Familia), Madrid, Thompson-Civitas, 2003.
- GARCÍA PRESAS, I. “El derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”. *Actas del I Congreso Ibero-asiático de Hispanistas Siglo de Oro e Hispanismo general* (Delhi, 9-12 de noviembre, 2010), ed. Vibha Maurya y Mariela Insúa, Pamplona, Publicaciones digitales del GRISO/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2011, pp. 237-265.



- GARCÍA RUBIO, M.P., en “Los pactos de prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil” *ADC*, t.56, fasc.4, 2003-
- GASPAR LERA, S., “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés: validez, eficacia y discrecionalidad judicial”, *InDret: revista para el análisis del derecho*, Nº 3, 2012.
- GASPAR LERA, S., “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad” *Anuario de Derecho Civil (ADC)* , tomo LXIV, 2011, fasc. III.
- GONZALEZ DEL POZO, J.P., *El derecho compensatorio y sus modificaciones* Colex, Madrid, 2007.
- LASARTE, C., *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Madrid, Marcial Pons, 2010, Novena edición.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M<sup>a</sup> T., *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- MEDINA ALCOZ, M. “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del Derecho civil común” en *Cuestiones actuales del Derecho de Familia*, La Ley, Madrid, 2013, págs. 281 a 340.
- PÉREZ DAUDI, V., *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña (Análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales)*, S.A. Atelier Libros, Madrid, 2011.
- PÉREZ MARTÍN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia (Tomo II): Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento consensual.*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- PINTO ANDRADE, C., “La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura”, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4575-la-generica-validez-de-los-pactos-y-acuerdos-matrimoniales-en-previson-de-la-ruptura-/>
- RAMS ALBESA, J. J., DE AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., ANGUITA VILLANUEVA, L. A.; *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2010.
- ROCA TRIAS, E., *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis*, en *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol* (coords. ABRIEL CAMPOY, J.M Y AMAT LLARI, M.E), T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- ROCA TRIAS, E., *Libertad y Familia*, Tirant lo Blanch, Valladolid, 2012.
- SALINAS QUIJADA, F., “La autonomía de la voluntad en el art.90 del Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra: sus concordancias y diferencias”, *Ius canonicum*, vol.22, num.44, 1982, págs.797-820.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. <sup>a</sup> P., *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada, Comares, 2005.
- TORRES FIGUEROA, M., *La autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura*, Dykinson, Madrid, 2016.